



Roj: **SAP Z 2042/2019 - ECLI: ES:APZ:2019:2042**

Id Cendoj: **50297370062019100446**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **6**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **465/2019**

Nº de Resolución: **438/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 000438/2019**

Ilmos/as. Sres/as.

Presidente

D. CARLOS LASALA ALBASINI

Magistrado/a

D. FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO (Ponente)

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> VICTORIA LOPEZ ASIN

En Zaragoza, a 19 de noviembre del 2019.

La **Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza** constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan ha visto en juicio oral y público la presente causa Procedimiento Abreviado nº 697-18 **Rollo nº 465-19** procedente del Juzgado de Instrucción nº Ocho de Zaragoza por delito de abusos sexuales a menor de 18 años. Es acusado Urbano, nacido en Quito, Ecuador, el NUM000 de 1995 Zaragoza, hijo de Virgilio y Candelaria, domiciliado en CALLE000 nº NUM001, NUM002 NUM003 de Zaragoza, con DNI NUM004, representado por el *Procurador Sr. Turmo Coderque* y defendido por el *Letrado Sr. Lahoz Bernad*. Es Acusación Particular Dolores representada por la *Procuradora Sra. Bielsa García* y asistida por el *Letrado Sr. Blesa Lalinde*. Habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO quien expresó el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza se instruyó el presente Procedimiento Abreviado en el que resultó acusada la persona reseñada en el encabezamiento.

**SEGUNDO.-** Elevado el Procedimiento Abreviado a esta Audiencia Provincial se formó el oportuno Rollo de Sala con el núm. 465-19 y tras los trámites procesales pertinentes se señaló la vista oral que ha tenido lugar el día 18 de noviembre de 2019.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del juicio calificó los hechos como legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1, del Código penal, respondiendo en concepto de autor el acusado, de conformidad con el artículo 28 del Código penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, procediendo imponer al acusado por el delito de abuso sexual la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono de costas procesales. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 192 del Código penal, se interesa se imponga al acusado la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 57.1 del Código penal se interesa se establezca para el acusado la prohibición de aproximación a la menor Eva amenos de trescientos metros y de comunicación con ella por cualquier medio por un periodo de cuatro años. Otro si primero dice: que de acuerdo



con lo dispuesto en el artículo 15-4 de la Ley 35/95 de 11 de diciembre, deberá informarse al perjudicado por el delito de autos de la fecha y lugar de la celebración del juicio oral, así como notificársele la resolución que recaiga, aun cuando no sea parte en el proceso. Otro si segundo.- Que con carácter previo al acto del juicio oral, se incorpore a las actuaciones el original del atestado policial num. NUM005 de la Comisaría de las diligencias de prueba.

**CUARTO** .- La Acusación Particular en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del juicio calificó los hechos como legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a una menor de 16 años, tipificado en el artículo 183.1 del Código Penal, que dice que el que realizare actos de carácter sexual con un menor de 16 años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor, con la pena de prisión de dos a seis años, respondiendo en concepto de autor Urbano, de acuerdo con el artículo 128 del Código penal, concurre la circunstancia agravante del art. 122.2ª del Código Penal de ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente, solicitando fuera condenado a la pena de seis años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicarse con la misma por cualquier medio por tiempo de diez años, así como a que en concepto de responsabilidad civil sea condenado al abono de la cantidad de 20.000 euros.

**QUINTO** .- La defensa mostró su disconformidad solicitando la absolución de su patrocinado.

## HECHOS PROBADOS

**UNICO** .- Sobre las 7,40 h. del día 15 de abril de 2018 el acusado **Urbano**, de 24 años de edad, tras haber estado "de fiesta" y haber contactado telefónicamente con su amigo Amadeo se presentó en su domicilio sito en el nº NUM006 NUM007 - NUM008 de la CALLE001 nº NUM006 de Zaragoza con la intención de quedarse a dormir. Como quiera que poco antes Dolores, madre de Amadeo, se había ausentado de la vivienda para dirigirse a su trabajo, solamente se encontraban en el domicilio el acusado, Amadeo, y sus dos hermanos menores David y Eva, esta última de ocho años de edad, quienes compartían una cama de matrimonio en el salón de la vivienda de reducidas dimensiones. El acusado Urbano y Amadeo se acostaron en la cama de este último situada en una habitación contigua al salón.

En un momento determinado Urbano abandonó la habitación accediendo al salón donde se hallaban durmiendo los hermanos David y Eva quien apercibiéndose de su presencia se abrazó a su hermano. Acto seguido y presa del miedo telefoneó a su madre porque pensó que aquel hombre le podía hacer algo. El acusado abandonó la habitación y una perra que se encontraba en la misma comenzó a ladrar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los hechos que se declaran probados no son susceptibles del reproche penal del que son objeto por parte de las acusaciones y ello porque el acervo probatorio producido en el juicio e integrado básicamente por las manifestaciones testificales de la propia menor explorada y las referenciales de la madre de la menor, de su hermano y de una amiga suya no resultan suficiente para forjar la firme convicción de la Sala con el rigor propio que una declaración de hechos probados demanda, de que los hechos se desarrollaron conforme a los escritos de acusación. En efecto, pueden concurrir vehementes indicios en orden a la atribución al acusado de la comisión de un delito de abusos sexuales del art. 183 C. Penal, pero los mismos son insuficientes para constituir prueba indiciaria de cargo, contando exclusivamente, como prueba directa, con lo manifestado por la propia menor.

**SEGUNDO** .- Comenzando, pues, con el análisis de este último medio probatorio, resulta de obligada referencia la doctrina sentada en torno al valor probatorio de las declaraciones de los testigos que a su vez resultan víctimas del hecho conforme a la cual la Sala Segunda del T.S. ha marcado un copioso cuerpo de doctrina sobre la base de la STC. 173/90 de 12 de diciembre por la que *"las declaraciones de la víctima o perjudicado por el ilícito tienen valor de prueba testifical siempre que esas declaraciones se lleven a cabo con las debidas garantías"*, añadiendo la STS2ª de 27 de mayo de 1.988 que las declaraciones acusatorias de un único testigo, aun cuando éste haya sido la víctima del hecho, pueden constituir prueba siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o que provoquen en el tribunal de instancia una duda que impida su convicción. Por su parte, las SSTS2ª de 9 de septiembre de 1.992, 26 de mayo de 1.993 y 12 de hábil de 1.995 consagran la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: a).- Ausencia de incredulidad subjetiva que pudiera derivarse de las relaciones acusado-víctima y que pudiera conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase a



su testimonio de aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda; b).-El requisito de la verosimilitud, de tal suerte que el testimonio pueda estar corroborado por determinados datos objetivos que le doten de aptitud probatoria; c).- Persistencia en la incriminación, que ha de ser prologada en el tiempo, plural y sin ambigüedades ni contradicciones. A ello debemos añadir la doctrina sentada por el T.S. en relación a la acreditación de los delitos sexuales, teniendo manifestado la Sala Segunda que en los casos en que por la índole del delito enjuiciado es poco probable que pueda contarse con una pluralidad de testigos que hubieran podido observar por sí mismos la realización de los hechos, viene admitiendo con valor de prueba de cargo en que pueda fundarse la convicción del Juzgador, la declaración única de la víctima realizada con las debidas garantías procesales en el acto del juicio oral, a lo que podrá añadirse para mayor seguridad en la valoración judicial de ese testimonio, la existencia de datos periféricos corroborantes de lo que la víctima afirme, así como la consideración de la firmeza y persistencia del testimonio que la víctima ofrece.

**TERCERO** .- Pues bien, trasladando lo anterior al supuesto que nos ocupa, no es que solamente no nos hallemos ante una falta de persistencia en la incriminación respecto del testimonio de la menor Eva como seguidamente pasaremos a exponer, sino que, además, la versión ofrecida por la misma en sede plenaria contradice frontalmente lo afirmado en los respectivos escritos de acusación; así, en el plenario a preguntas del Ministerio Fiscal Eva manifestó que... "entró un hombre en su habitación y que no le consiguió tocar..." insistiendo en esto último a preguntas de la acusación particular, variando así los hechos tal y como fueron manifestados en sede policial en su declaración de fecha 17 de abril de 2018 (f. 24 a 28).

**CUARTO** .- De otro lado contamos con tres testimonios de los denominados "de referencia", esto es, los proporcionados por la madre de la menor, D<sup>a</sup> Dolores, por su amiga D<sup>a</sup> Adolfinia y por el hermano de Eva, manifestando este último que lo que supo se lo relató su madre y la Sra. Adolfinia que lo que había oído junto con D<sup>a</sup> Dolores era la versión que les había facilitado Eva. En tal sentido y en relación a la eficacia probatoria de los **testigos de referencia** como prueba de cargo el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 131/1997 de 15 de julio, expresa que cuando existan **testigos** presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos (SS.T.C. 217/1989; 303/1993; 791/1994; y 35/1995 y SS.T.S. de 2 de diciembre de 1998, 4 de noviembre de 1999 y 23 de noviembre de 2000), prescribiendo la doctrina jurisprudencial citada la proscripción de buscar el apoyo de los **testigos de referencia** en los supuestos en los que pueda oírse a quien presencié el hecho delictivo o a quien percibió el dato **probatorio** directo. Por eso, aunque no ofrezca duda la validez y eficacia probatoria del testigo de **referencia** en aquellos casos en los que, por no existir **testigos** presenciales o por haber estos puesto en ignorado paradero o fuera del alcance de los órganos jurisdiccionales españoles, sólo cabe la declaración de aquéllos, cuya veracidad y credibilidad habrá de ser ponderadamente **valorada** por los jueces, dando a esta prueba su exacto **valor** y significado como prueba subordinada a la posibilidad de la prueba directa, encontrándose subordinada su utilización en juicio al requisito de que la misma resulte inevitable y necesaria, afirmando que el hecho de que la prueba testifical de **referencia** sea un medio **probatorio** de **valoración** constitucionalmente permitida no significa, como se indicaba en la STC 303/1993, que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que, como se señalaba en la STC 217/1989, la declaración del testigo de **referencia** no puede sustituir la del testigo presencial sino, antes al contrario, cuando existan **testigos** presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia.

**QUINTO** .- Como decíamos anteriormente pudieran concurrir indicios en orden a la atribución al acusado del delito objeto de acusación, pero ello no equivale a disponer de prueba indiciaria de cargo apta para enervar el principio de presunción de inocencia. Aparte de lo expuesto en orden a la aptitud probatoria de las declaraciones testificales practicadas, no resulta sostenible una prueba indiciaria sobre la base de que el acusado se presentara desnudo en la habitación que ocupaban los menores pues, en primer término, la menor manifestó a la testigo Sra. Adolfinia que el acusado ... *no alcanzó a bajarse los pantalones...* lo que quiere decir que conforme a lo así declarado pudo ir provisto de pantalones en vez de ir completamente desnudo, siendo que, además, si su intención era la de orinar tal y como el acusado mantuvo en sede sumarial y plenaria, sería irrelevante que fuera vestido, semidesnudo o desnudo, siendo una circunstancia normal que saliera del dormitorio tal y como estaba ataviado. Otro hecho base que ha de descartarse por no encontrarse acreditado y dirigido a sentar la necesaria concurrencia de un ánimo libidinoso en el acusado hubiera sido el que éste hubiera practicado en los momentos anteriores el acto sexual con el hermano de Eva tal y como manifestó en sede policial, cosa que no ha sido posible probar al haber sido negado en el plenario. Asimismo y en el curso de la investigación la menor proporcionó las características físicas del hombre que accedió a su habitación, pero, sin embargo, en el acto del juicio no fue capaz de reconocer al acusado como el autor de los hechos.

**SEXTO** .- Finalmente y en cuanto a la valoración del informe pericial elaborado por la psicóloga forense Sra. Roque obrante a los folios 113 a 115 de las actuaciones, la Sala no alberga duda alguna en relación a la ortodoxia y validez de criterios técnicos utilizados en su confección. Sin embargo, no es menos cierto que lo



verbalizado por la menor a la Sra. Psicóloga no coincide en absoluto con lo narrado por Eva en el acto del juicio, ni tampoco parcialmente con el relato realizado en dependencias policiales, ya que ante la perito no se hizo referencia alguna a intentos de penetración limitándose a relatar que..." *intentaba meter sus partes bajas por debajo*". Interpelada la Sra. Perito en el acto de la vista el turno de ratificación y aclaraciones acerca de si podía proporcionar alguna razón que justificara este cambio de versión, ésta manifestó que la memoria va perdiendo detalles con el paso del tiempo. Pero es que en este caso no se trata de que la versión vertida en el juicio oral adoleciera de un menor número de detalles respecto de la facilitada a la perito forense, sino que resultó absolutamente contraria al negar los hechos. Ciertamente la Sala no puede conocer a qué obedeció tal cambio, aunque en el terreno de la mera especulación pudiera atribuirse a variadas causas, desde el miedo escénico hasta una falsa o incorrecta percepción de la realidad, sin descartar, desde luego, la certeza de los hechos, que, sin embargo, no han resultado probados conforme se ha tratado de justificar a través de los antecedentes argumentos. Por ello procede el dictado de un pronunciamiento absolutorio ante la insuficiencia de la prueba de cargo practicada y en aplicación del principio "in dubio pro reo".

**SEPTIMO** .- Las costas procesales son declaradas de oficio ex. art. 123 C. Penal.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general aplicación

### FALLAMOS

**DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Urbano del delito de abusos sexuales a menor de dieciocho años del que resulta acusado por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, declarando de oficio las costas causadas.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia cabe recurso de Apelación a resolver por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de Civil y Penal, recurso que deberá formalizarse mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que se les hubiere notificado la sentencia, y todo ello de acuerdo con el artículo 845. Ter de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.-