



Roj: **SAP B 10218/2020 - ECLI:ES:APB:2020:10218**

Id Cendoj: **08019370032020100211**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **14/10/2020**

Nº de Recurso: **22/2019**

Nº de Resolución: **379/2020**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **CARMEN GUIL ROMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN TERCERA

Sumario Nº 22/2019

Sumario nº 2/2019

del Juzgado de Instrucción nº 1 de Arenys de Mar

PROCESADO: Dionisio

Magistrada ponente:

CARMEN GUIL ROMAN

SENTENCIA Nº 379/2020

TRIBUNAL

EDUARDO NAVARRO BLASCO

YOLANDA RUEDA SORIANO

CARMEN GUIL ROMÁN

Barcelona, a 14 de octubre de 2020

VISTO en juicio oral y público, ante la SECCIÓN TERCERA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, el presente Sumario 22/2019 correspondiente al sumario nº 2/2019 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Arenys de Mar, seguido por un delito de abuso sexual contra el acusado Dionisio, con pasaporte NUM000 nacido en Guanajuato (México) el día NUM001 de 1986 en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Jordi Cusco Hernández y defendido por el Letrado Xavier Garbia Mora; y en la que ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por Alicia Aparicio.

Como Magistrada Ponente, en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia. Elevada la causa a esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial se unió al presente Rollo, dictándose el día 7 de enero de 2020 Auto de Apertura de juicio oral. Tras la calificación jurídica de las partes se dictó auto de admisión de pruebas y se proveyó sobre las pruebas propuestas por el Ministerio fiscal y por la defensa. Señalada la fecha para la celebración de la vista oral ésta tuvo lugar el día 7 de octubre de 2020, habiendo asistido todas las partes, y en la que se han practicado las pruebas del interrogatorio del procesado, y la documental, con el resultado que se refleja en el acta correspondiente.



SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual de los arts. 181.1 y 4 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias e interesó la pena de 4 años de prisión, con accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la medida de 5 años de libertad vigilada.

TERCERO.- La Defensa del acusado, en el mismo acto, mostró su disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución de su patrocinado con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

El procesado Dionisio se encontraba en la madrugada del 5 de julio de 2019 en Pineda de Mar, donde se celebraba un festival de música. Allí coincidió con Candelaria .

Dionisio y Candelaria salieron juntos del festival y se dirigieron al hotel Balmes de Calella, donde se hospedaba el acusado. Una vez allí, en la habitación de Dionisio , ambos decidieron mantener relaciones sexuales y se empezaron a besar. Candelaria le dio un preservativo a Dionisio quien se lo colocó e iniciaron el coito por vía vaginal. En un momento dado, Candelaria se apercibió que Dionisio no llevaba puesto el preservativo y le recriminó por ello.

No ha resultado acreditado que el procesado continuara penetrando a Candelaria pese a la oposición de esta, ni que ella tuviera que golpearle con la cabeza para que cesara en dicha acción.

Una vez cesaron en la relación sexual que mantenían, Dionisio intentó convencer a Candelaria para que se quedara con él en la habitación y viesen una película. Candelaria se negó a ello y ambos bajaron a la calle para que ella cogiera un taxi. Dionisio la acompañó hasta la llegada del taxi y se despidieron en ese momento. Candelaria regresó a su alojamiento y puso la denuncia horas más tarde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Valoración de las pruebas .-

Los hechos declarados probados resultan de la prueba practicada bajo los principios de contradicción e inmediación. Dicha prueba ha sido la declaración del acusado Dionisio , así como la documental consistente en la declaración de Candelaria como prueba preconstituida ya que la misma no pudo ser citada ni contestó a los correos electrónicos enviados a la dirección que facilitó en fase de instrucción.

Es un hecho no controvertido que tanto el Sr. Dionisio como la Sra. Candelaria mantuvieron relaciones sexuales en la habitación del hotel Balmes de Calella donde él se encontraba hospedado. También ambos coinciden en que ella le dio a él un preservativo que él colocó en su pene antes de penetrarla.

Sin embargo, es en relación al mantenimiento de dicho consentimiento para continuar el coito donde difieren. La acusación pública, en base a la declaración de Candelaria , sostiene que el acusado continuó penetrándola por vía vaginal pese a la oposición de ésta al percatarse que no llevaba puesto el preservativo. La defensa sin embargo, sostiene que él perdió la erección por la ingesta de alcohol y que ello motivó que "perdiera" el preservativo de forma involuntaria y que cuando ella se dio cuenta y se lo dijo, el procesado paró y cesó toda penetración.

A continuación analizaremos la prueba en diversos apartados para mayor claridad en su lectura:

A.- En casos como el que nos ocupa, en el que la única prueba de cargo, no solo de la autoría sino de la propia existencia del hecho típico, es la declaración de la considerada víctima, debe extremarse el análisis de su declaración y de los indicios corroboradores de la misma ya que su validez y suficiencia se confrontan al derecho fundamental a la presunción de inocencia del que goza toda persona acusada.

No se trata de creer o no creer a la considerada víctima, sino de analizar su relato con parámetros de rigurosidad y coherencia, estándares de exigencia que permitan al Tribunal adquirir un grado de certeza sobre lo acaecido más allá de toda duda razonable.

Como hemos dicho, la única prueba de cargo es la declaración de Candelaria cuya grabación consta en el sistema Arconte. Su reproducción fue interesada por las partes al no poder ser localizada la Sra. Candelaria , residente en California, para asistir al juicio oral.

Dicha declaración se prestó ante la Jueza de instrucción el día 6-7-2019 estando presentes tanto el procesado como el Ministerio Fiscal y el letrado del procesado.



En dicha declaración, la Sra. Candelaria explicó que se encontró con el Sr. Dionisio en un festival de música en Pineda de Mar al que conocía desde hacía dos años y que ambos se dirigieron a la habitación del hotel Balmes de Calella donde se hospedaba el sr. Dionisio. Una vez allí, " *empezamos a tener relaciones y yo tenía un condón, lo saqué y le dije que si lo podía usar, dijo que sí, lo abrió, se lo puso, empezamos a tener relaciones, con penetración vaginal -aclaró- . La misma continuó explicando que " Pasaron unos minutos, unos 5 minutos y noté que ya no lo tenía puesto y le dije "para, no tienes el condón, pues qué pasó -me contestó-, primero me asusté, le dije "tienes otro" y él me dijo "está bien, no te preocupes, y le dije "no, no quiero continuar si no tienes el condón" y el me penetró, sin consentimiento por no llevar condón, le empujé y con mi frente le pegué en la frente y su nariz y le empujé porque él no quería parar. Era solo para que se asustara y él se bajó de la cama.*

Los dos hablamos en inglés y yo hablaba fuerte "le dije no, sin condón no quiero tener relaciones" y continua y le empujé y le dije no quiero sin condón.

A continuación, ella relata que él le seguía besando pero que no empleó violencia alguna, y que ella le dio el cabezazo para que parara y quitárselo de encima.

Existe plena coincidencia entre el relato de Candelaria y el de Dionisio que ambos habían consumido alcohol en la fiesta, especificando que no estaban borrachos y que ella se disgustó y se quiso marchar del hotel por lo que él la acompañó hasta la calle y esperó junto a ella a que cogiera un taxi. Así mismo, ambos indican que mientras esperaban el taxi, vieron un coche de policía y que ella no les dijo nada.

B.- Hemos de señalar que la prueba preconstituida de la declaración de la Sra. Candelaria se hizo conforme a lo dispuesto en el art. 448 de la LeCrim, dado que ella reside en Estados Unidos y solo estaba unos días en España. Así, se hizo a presencia judicial, con intervención de las partes (Ministerio Fiscal y defensa) y seguida por el procesado que en aquellos momentos estaba detenido. Dicha declaración fue grabada con soporte videográfico que permitió su completa reproducción en la vista. Sin embargo, la Jueza de Instrucción obvió la toma de juramento o promesa de ser veraz a la testigo y de la posibilidad de incurrir en delito de falso testimonio que es preceptiva según lo dispuesto en el art. 433 de la LECrim.

Al margen de dicho formalismo, lo relevante es que el Tribunal no ha podido gozar de la inmediación de dicha declaración, hecho que dificulta de forma considerable una valoración completa de la misma. No hemos podido ver el rostro de la Sra. Candelaria dado que la grabación se hace desde una cámara que recoge un plano general de la sala de vistas en el que se ve a lo lejos a la declarante. Tampoco hemos podido observar con detalle los movimientos de sus manos o los cambios en la expresión facial a lo largo de su relato. Con ello, hemos perdido toda percepción del lenguaje no verbal de la testigo, aspecto esencial en cualquier acto de comunicación para percibir matices y comprobar la coherencia entre lo que se dice y cómo se dice.

A ello debemos añadir que la testigo hablaba castellano pero su lengua habitual era el inglés tal y como ella misma refirió. De hecho, en su encuentro, el procesado y ella hablaron en inglés pese a ser el Sr. Dionisio de origen mexicano. La testigo pone en evidencia en varias ocasiones su dificultad idiomática, pidiendo la repetición de preguntas que le hacían las partes.

Dichas incidencias añaden una especial dificultad en la valoración de dicha declaración testifical por lo que el Tribunal se queda en exclusiva con el contenido de su relato perdiendo el resto de detalles no verbales de sus manifestaciones.

C.- A dichas dificultades hemos de agregar la falta de toda corroboración de su versión de lo ocurrido en aquella habitación de hotel.

Como hemos transcrito, la Sra. Candelaria afirma que en un momento dado del coito se apercibió que el procesado no llevaba el preservativo y que le recriminó por ello y le dijo que parara "con voz fuerte". Según su versión, el Sr. Dionisio hizo caso omiso a sus palabras y continuó penetrándola por lo que tuvo que darle un cabezazo que le dio en frente y nariz y fue en ese momento cuando él se detuvo y tuvo que empujarle para quitárselo de encima.

Sin ser una agresión importante, lo cierto es que un cabezazo en la cara de otro suele producir alguna lesión aun cuando sea leve, lesiones como leve hinchazón o eritema. El procesado no fue sometido a exploración médica alguna, ni a su instancia, ni a instancia de la acusación pública por lo que no tenemos indicador alguno de que presentara alguna señal, por nimia que fuera. La Sra. Candelaria sí fue explorada y no presentaba lesión de ningún tipo.

Por otra parte, la secuencia fáctica posterior al hecho relatada por la propia Candelaria tampoco permite una inferencia razonable del ataque que sostiene la acusación: ella decidió no continuar, no solo con la relación sexual iniciada sino también con su estancia en la habitación del procesado. Así se lo dijo y Dionisio le insistió para que vieran una película, ella lo rechaza y le dice que se va a su casa. Se visten y él le acompaña hasta la



calle y espera con ella la llegada de un taxi. Hay un coche con agentes de policía en las inmediaciones y no les dice nada, abandonando el lugar de forma tranquila ya que suponemos que en caso contrario los agentes hubieran intervenido.

D.- Por último y en relación a la coherencia del relato, no tenemos argumento alguno para dar preeminencia al relato de la Sra. Candelaria sobre el del Sr. Dionisio .

Este explicó que ambos habían ingerido alcohol y que cuando iniciaron la relación sexual ella le dio el preservativo y él se lo colocó, pero que como estaba "tomando" (en referencia al consumo de alcohol en terminología propia de México) perdió la erección, tuvo que parar e iniciar sexo oral y en ese proceso "perdió el preservativo" y al volver a penetrarla ella paró, el sacó su pene de la vagina y ella se lo cogió preguntándole si tenía más condones por lo que se puso a buscarlos en su maleta, pero ella le dijo que lo dejaran y que se quería ir. Añadió que él le insistió en que se quedara y vieran una película y que ella se negó y que fue cuando la acompañó hasta la calle para buscar un taxi.

La versión del procesado en relación a la "pérdida del preservativo" es opuesta no ya a la que sostiene la víctima sino a la que afirma el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones elevadas a definitivas. En las mismas, se afirma que "la Sra. Candelaria manifestó al acusado que solo mantendrían relaciones sexuales si éste utilizaba un preservativo" y que el acusado era "plenamente consciente de que sin la utilización del preservativo la Sra. Candelaria no habría aceptado mantener relaciones sexuales".

Describe así la fiscal la práctica conocida con el término inglés **stealthing** que no ha quedado en modo alguno acreditada.

En primer lugar porque la Sra. Candelaria no afirmó en ningún momento que la colocación del preservativo fuera una condición *sine qua non* para mantener relaciones sexuales con el procesado, sino que cuando empezaron el flirteo sexual ella le ofreció el preservativo y él se lo puso sin más.

En segundo lugar porque del relato de la Sra. Candelaria tampoco se desprende que él se quitara de forma intencionada el preservativo, solo que ella notó que no lo llevaba por lo que la posibilidad de que se le cayera el preservativo al perder la erección por la ingesta del alcohol es verosímil y no evidencia acción dolosa alguna.

E.- En definitiva, consideramos en este caso insuficiente la prueba practicada para llegar a firmes conclusiones sobre lo realmente acaecido y sobre su naturaleza típica. Por ello, las dudas que hemos ido desgranando nos llevan necesariamente al dictado de una sentencia absolutoria de conformidad con el principio *in dubio pro reo*.

SEGUNDO.Costas Procesales .- Dada la absolución del acusado, se declaran de oficio las costas causadas, de conformidad a lo que establece el art. 123 del Código Penal.

PARTE DISPOSITIVA

ABSOLVEMOS a Dionisio del delito de abuso sexual del que venía acusado, con declaración de las costas de oficio.

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, dentro del plazo de 10 días.

Notifíquese la presente sentencia a la Sra. Candelaria en el correo electrónico que designó en su declaración judicial.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada, el mismo día de su fecha, por el magistrado ponente en audiencia pública. Doy fe.