Universidad de Alcalá

Los delitos de abuso sexual y agresión sexual y las consecuencias de la LO 1/2015. Análisis de un caso práctico.

The crimes of sexual abuse and sexual assault and the consequences of the LO 1/2015. Analysis of a practical case.

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

Doña Saray Contreras Fresneda

Dirigido por:

Don Arturo González Pascual

Don Esteban Mestre Delgado (Cotutor)

Alcalá de Henares, a 5 de febrero de 2019

I. ÍNDICE

II. RESUMEN ..... **Pág. 2**

III. RELACIÓN DE PALABRAS CLAVE ..... **Pág. 3**

IV. INTRODUCCIÓN ..... **Pág. 4**

V. SUPUESTO DE HECHO ..... **Pág. 5**

VI. LEGISLACIÓN SUSTANTIVA APLICABLE ..... **Pág. 6**

VII. ANÁLISIS PROCESAL ..... **Pág. 9**

- **1. Incoación de Diligencias Previas** ..... **Pág. 9**
- **2. Medidas cautelares en el procedimiento penal** ..... **Pág. 19**
- **3. El período intermedio** ..... **Pág. 26**
- **4. El Juicio Oral o Plenario** ..... **Pág. 28**

VIII. ANÁLISIS SUSTANTIVO ..... **Pág. 44**

IX. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ..... **Pág. 51**

X. CONCLUSIONES ..... **Pág. 59**

XI. BIBLIOGRAFÍA ..... **Pág. 61**

XII. JURISPRUDENCIA CITADA ..... **Pág. 62**

XI. BASES DE DATOS ..... **Pág. 62**

II. RESUMEN

En el presente trabajo nos disponemos a analizar un caso concreto, cuya defensa del acusado fue llevada a cabo por el letrado Don Arturo González Pascual en el año 2015.

A Daniel se le acusaba de dos delitos de abuso sexual y un delito de abuso sexual con penetración bucal en grado de tentativa, todo ello, teniendo en cuenta que dos de las víctimas eran menores de edad.

Analizaremos las pruebas aportadas por las partes, las grabaciones de cámaras de seguridad, e incluso si el acusado pudiera llegar a ser inimputable por tener trastornos psicológicos.

Por último, analizaremos todo el procedimiento desde que comienza con las denuncias hasta que la Audiencia Provincial dicta sentencia, veremos si absolutoria o condenatoria.

SUMMARY

In the present work we are going to analyze a specific case, whose defense of the defendant was carried out by Don Arturo González Pascual, lawyer, in 2015.

Daniel was charged with two crimes of sexual abuse and one crime of sexual abuse with attempted oral penetration, all of this taking into account that two of the victims were minors.

We will analyze the evidence provided by the parties, the recordings of the security cameras, and even if the accused could not be criminal liable because of having psychological disorders.

Finally, we will analyze the entire procedure: from the first complaints until the judgement of the Provincial Court - we will see whether it is acquittal or condemnatory.

III. RELACIÓN DE PALABRAS CLAVE

Abogado. Abuso sexual. Acusación. Agravante. Agresión sexual. Atenuante. Auto. Conclusiones definitivas. Conclusiones provisionales. Código Penal. Defensa. Diligencias. Escrito de acusación. Escrito de defensa. Exhorto. Imputabilidad. Inhibición. Juez de Instrucción. Menor de edad. Ministerio Fiscal. Proceso penal. Sentencia. Tentativa. Última palabra. Valoración de prueba en juicio oral.

KEYWORDS

Aggravating. Indictment. Assessment of evidence in oral proceedings. Mitigating. Attempt. Last word. Lawyer. Criminal Code. Criminal process Judgment. Defending. Defense. Definitive findings. Exhort. Extenuating. Prosecuting authority. Imputability. Inhibition. Investigating Judge. Minor. Provisional findings. Sexual abuse. Sexual aggression.

IV. INTRODUCCIÓN

Al Sr. González le llegó el caso que vamos a analizar cuando apenas llevaba unos años de ejercicio. Me sugirió que realizara este trabajo, poniendo a mi disposición todo el material que tenía sobre el caso, animándome a ello porque a él le había sido muy útil para aprender de una forma práctica la materia de procesal penal; todo ello sumado a que fue la manera más sencilla de darle un enfoque totalmente práctico a lo aprendido en la Universidad.

Me decidí a realizar este trabajo porque el derecho procesal, y en concreto el penal, siempre me ha gustado y creo que es clave para realizar una buena defensa o una buena acusación; por ello, poder leer todos los documentos disponibles, desde las denuncias hasta la sentencia o incluso el visionado del juicio, me ha sido de gran utilidad de cara al futuro ejercicio de la abogacía.

También los delitos que analizaremos, de abuso sexual y de agresión sexual, ya sea consumado o en grado de tentativa, son delitos que por desgracia están a diario en la prensa y en boca de todos. En este trabajo se ve muy bien que, con el paso de los años, el Código Penal ha ido sufriendo una serie de reformas y se ha ido agravando debido al aumento de este tipo de delitos sobre mujeres y, todo ello con una finalidad disuasoria, que, todo hay que decirlo y según mi parecer, no es suficiente a día de hoy.

V. SUPUESTO DE HECHO[1]

Daniel, mayor de edad, sobre las 14 horas del día 23 de abril del 2015 y con intención de satisfacer sus apetencias sexuales, accedió al portal sito en el nº6 de la calle Cañada en la localidad de Collado Villalba, aprovechando que María, mayor de edad, vecina del inmueble entraba en el mismo con su bebé en el carrito y con bolsas en la mano; una vez se introdujo en el portal detrás de la señora y con ánimo libidinoso, éste pasó la mano por las piernas de la señora desde la rodilla hasta la zona genital, momento en el que esta señora le gritó *¿qué pasa imbécil?* Ante la reacción de esta señora, Daniel abandonó rápidamente el portal.

Inmediatamente después, Daniel, al observar a la menor de 14 años llamada Claudia en la fecha de los hechos acceder al inmueble sito en la calle Santiago nº4 de la localidad Collado Villalba, siguió a la misma hasta el patio común de la vivienda donde aprovechando que Claudia buscaba las llaves en el interior de la mochila, le levantó la falda del uniforme escolar que vestía y comenzó a tocarle las piernas y la zona genital, hasta que la niña consiguió entrar en la casa. Daniel huyó inmediatamente del lugar.

Instantes después y actuando con la misma intención, y tras observar a la menor Elena, de 12 años de edad subir y bajar al piso sito en la calle Gabriel García Márquez nº5 de la misma localidad, Daniel la esperó escondido en las escaleras entre el segundo y el tercer piso; al tiempo que la niña volvió a subir hasta la vivienda, le pidió que le tapara que iba a hacer pis. La menor se quitó la chaqueta y la extendió delante de él sujetándola con sus manos, dirigiendo la mirada hacia otro lado, momento en el que Daniel de forma brusca cogió la mano de la menor, colocándosela sobre su pene; intentando introducir su miembro en la boca de la niña. Al cerrar fuertemente la boca consiguió rozar el pene con los labios de Elena y pese a agarrarla escapó corriendo del lugar despavorida, dejando la chaqueta y la mochila tirada en el suelo y dando aviso a un vecino, Javier.

[1] Los siguientes hechos están recogidos de la Sentencia nº161/16 de la sección nº2 de la Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil dieciséis.

VI. LEGISLACIÓN SUSTANTIVA APLICABLE

1. Análisis del caso concreto y aplicación del Código Penal.

En la Sentencia del caso concreto analizado a lo largo de este trabajo, se aplica el Código Penal de 1995 anterior a la reforma de 2015. Cito textualmente: *"Los hechos anteriormente declarados probados son constitutivos de 2 delitos de abuso sexual tipificados en el artículo 181.1 del CP en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos"*[2] (…) "*Igualmente los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de abuso sexual con penetración de menor de 13 años en grado de tentativa del artículo 183.1 y 3 del CP en su redacción vigente al tiempo de los hechos, en relación con el artículo 16 y 62 del mismo texto legal*"[3]; los hechos enjuiciados se cometieron el día 23 de abril de 2015.

Comparando las redacciones del CP, la derogada[4] y la vigente (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) que entró en vigor el 1 de julio de 2015, podemos observar lo siguiente:

1. Con respecto a la aplicación del art. 181.1 no ha cambiado nada y con respecto a la aplicación del art. 183.3 del CP tampoco hay cambios.

2. Los cambios los observamos en el art. 183.1 del CP que en su redacción actual dice: *"el que realizare actos* ***de carácter sexual con un menor de dieciséis años****, será castigado…"* La pena aplicable es la misma, aunque se ha elevado la edad, es decir antes de la reforma hacía referencia a un menor de 13 años y actualmente son 16 años.

---

[2] El citado tipo castiga: ***1.*** *"El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de 18 a 24 meses".*

[3] El citado tipo castiga: ***1****. "El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual* ***de un menor de 13 años****, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de 2 a 6 años" (…)* ***3****. "Cuando el ataque consista en acceso cargan por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años, en caso del apartado 1 …"*

[4] La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La reforma de 2015 no afecta al delito cometido contra Elena, víctima de agresión sexual en grado de tentativa, ya que tenía 12 años en el momento de producirse los hechos.

Por su parte, Claudia tenía 14 años en el momento de producirse los hechos, por lo que el delito cometido contra la menor según la última redacción del CP (vigente actualmente) estaría tipificado en el art. 183.1 del mencionado código; cambia la edad mínima siendo ésta de 13 años y en la nueva redacción se habla de 16 años. Aplicar el CP *"vigente al tiempo de los hechos"* ha favorecido al reo. La pena por la que fue condenado por este delito fue de un año de prisión, pero si aplicamos el actual CP la pena iría de dos años a seis años de prisión.

2. Aplicación de la norma más favorable.

A continuación, vamos a analizar qué pasaría en caso de conflicto normativo.

La aplicación de la norma más favorable es un principio básico del DERECHO PENAL que implica que, cuando hay una colisión entre dos normas penales cuya vigencia temporal ha sido diferente, pudiéndose aplicar cualquiera de ellas al reo, debe aplicarse la que es más favorable para éste. Las normas penales se aplican a los hechos cometidos durante su vigencia, con la excepción de la posibilidad de la aplicación retroactiva de la norma más favorable.

No siempre es fácil saber cuál es la norma penal más favorable, por ello, en primer lugar, sería necesario dar audiencia al reo y al Ministerio Fiscal, velando este último por el interés público. Y, en segundo lugar, deberá tenerse en cuenta la comparación de ambas leyes en cada caso concreto y no en abstracto.

Hay que tener en cuenta que este principio es de aplicación con respecto a las normas penales y en ningún caso afectará a las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo[5], para lo cual debemos remitirnos al art. 3 del Código Civil referente a la aplicación de las normas jurídicas.

[5] No olvidemos que, de la comisión de delitos se deriva responsabilidad penal, pero en muchos casos nace también responsabilidad civil.

Este principio está íntimamente ligado al art. 9.3 de la Constitución Española[6] cuando habla de la prohibición de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables al reo o restrictivas de derechos individuales. También el Código Penal se hace eco de este precepto en su art. 2.2: *"…, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto hubiese cumplido condena…".* Sin embargo, los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Sólo se puede imponer una pena cuando hay delito, y única y exclusivamente cuando éste está previsto en una norma con rango de ley respetando el principio de legalidad; a todo ello hay que sumarle la vigencia de la norma penal en el momento de cometerse el delito. Éste es un principio de seguridad jurídica básico de un Estado de Derecho, la sociedad debe saber qué es ilícito y qué no lo es, sin que de forma sorpresiva el legislador posteriormente a una conducta pueda decidir que la misma es sancionable desde el punto de vista penal. Ahora bien, cabe la posibilidad de aplicarse en el sentido inverso, es decir, que una conducta sancionada por ley como delito, posteriormente no lo sea y de ello pueda derivarse un beneficio para el reo y con ello estaríamos ante una excepción del principio de irretroactividad.

[6] Art. 9.3 de la CE: *"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".*

VII. ANÁLISIS PROCESAL

Una vez que hemos dejado claro qué Código Penal vamos a aplicar al caso concreto, pasamos a detallar en este apartado las distintas etapas procesales que se han seguido durante el procedimiento hasta llegar al juicio oral donde se dictó la sentencia, haciendo especial mención a los recursos presentados recurriendo la mencionada sentencia.

1. Incoación de Diligencias Previas.

La legislación procesal recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882), señala que los encargados de la instrucción tienen la obligación de investigar cualquier hecho que haya llegado a su conocimiento y que pueda ser constitutivo de un delito perseguible.

La *"notitia criminis"*, o noticia criminal, más concretamente es definida como: *"el nombre genérico bajo el cual, tradicionalmente, se han reunido los distintos medios por los cuales podía iniciarse la actividad de la justicia penal, mediante la promoción del proceso. Así, ya sea por la denuncia, ya por la querella, por la prevención policial o de oficio, se lleva ante la jurisdicción una noticia sobre la comisión de un delito, que opera como 'información institucional', sujeta a recaudos específicos impuesto por la ley procesal, capaz de producir efectos jurídicos previamente previstos por la ley. Supera a la mera información"*.

Por lo tanto, se puede iniciar un proceso penal mediante:

i. Denuncia (arts. 259-269 LECrim.).
ii. Atestado policial (arts. 292-297 LECrim.).
iii. Querella (arts. 270-281; 312-313 LECrim.).
iv. Conocimiento propio (arts. 303 LECrim.).

En el supuesto de hecho analizado, el proceso penal se inicia mediante dos denuncias interpuestas en la Comandancia de la Guardia Civil de Collado Villalba el día 23 de abril de 2015. La primera denuncia la interpuso el padre de una menor de 14 años (Claudia);

la segunda la interpuso la madre de una menor de 12 años (Elena). Ambas denuncias fueron interpuestas con la diferencia temporal de media hora.

A raíz de estas dos denuncias, se incoo Diligencia policial de inicio por denuncia de infracción penal mediante comparecencia de la víctima mayor de edad (María).

Una vez formalizadas las denuncias, se da comienzo a la práctica de Diligencias dirigidas a descubrir si hay delito o no y a averiguar quién es el supuesto delincuente (art. 299 LECrim). Para el caso que nos ocupa, el equipo de policía judicial de Collado Villalba siguió las Diligencias Instruidas por los supuestos delitos de agresión sexual a menor de 12 años, abuso sexual a menor de 14 años y abuso sexual a mayor de edad en sendos en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Collado Villalba y en el nº 2 de la misma localidad:

<u>Diligencias practicadas el 23 de abril de 2015</u>

- Diligencia de exposición de los hechos. En ella se detalla brevemente los hechos denunciados, el nombre de las víctimas, el horario de los hechos y los lugares donde se cometieron los abusos y la agresión.

- Diligencia de inicio por denuncia de infracción penal mediante comparecencia; mediante esta Diligencia, María (víctima mayor de edad) relata cómo un varón le metió la mano por detrás entre las piernas desde la rodilla hasta la zona genital. Además, aporta en la declaración que el varón llevaba una gorra.

- Diligencia entrevista con el padre de la menor de 14 años (Claudia) y con la menor. En ella, el padre relata lo que le contó su hija; tras declarar el padre, el Instructor se entrevista con la menor en presencia del padre para que ésta le relate los hechos investigados por la comisión de un presunto delito.

- Diligencia entrevista con el padre de la menor de 12 años (Elena) y con la menor. Se procede de la misma manera que en la anterior Diligencia practicada.

Diligencias practicadas el 24 de abril de 2015

- Diligencia de toma de manifestación del padre de la Claudia, donde el Instructor y el Secretario proceden a tomar declaración-denuncia al mencionado.

- Diligencia de toma de manifestación del padre de Elena; se procede de la misma manera que en la Diligencia anteriormente practicada.

- Diligencia de gestiones; ésta, se efectúa mediante comunicación telefónica para solicitar las grabaciones de la finca sita en calle Gabriel García Márquez (lugar de comisión del delito de agresión sexual en grado de tentativa). Así mismo se llama a declarar como testigo de los hechos a Javier, que según la declaración de Elena se encontraba en la escalera en el momento del suceso investigado.

Diligencia practicada el 26 de abril de 2015

- Diligencia de toma de manifestación de Don Javier; éste manifiesta que escuchó a Elena gritar y cuando la niña bajó las escaleras y llegó a su altura le contó lo que le acabada de pasar en la escalera de arriba viendo Javier como salía por la puerta hacia la calle un hombre joven con calvas en el pelo.

Diligencia practicada el 28 de abril de 2015

- Diligencia de gestiones con grabaciones del hecho de la calle Gabriel García Márquez e informe de las mismas. Una de las Diligencias más importantes practicadas para esclarecer los hechos acontecidos con respecto a la menor de 12 años, Elena. En las grabaciones se puede observar dos tipos de imágenes: los de la cámara del portal y los de la cámara de la escalera derecha. Una vez analizadas las imágenes se procede a extraer fotogramas de las grabaciones que se consideran de interés.

Se cita al padre de la menor de 14 años Claudia y a María (víctima mayor de edad) con objeto de mostrarles las grabaciones y fotogramas para concretar si se trata del mismo autor en las tres agresiones.

El visionado de grabaciones y fotogramas por la policía es lleva a la conclusión, con respecto a los hechos ocurridos a Elena, que el varón salió y volvió a entrar al portal dos veces más hasta que esperó a la niña (portando cazadora y mochila) y le abrió la puerta del portal y fue cuando subió las escaleras por delante de la menor y le esperó en uno de los descansillos, en la secuencia de imágenes se observa como la menor huye despavorida (sin cazadora y sin mochila) de lugar y el varón va detrás de ella hasta que la alcanza, que es cuando se ve al vecino (Javier) y el varón abandona el edificio.

La policía llega también a la conclusión de que las características del varón y el *modus operandi* son similares a lo sucedido minutos antes con la menor de 14 años (Claudia); el varón porta cascos grandes similares a los descritos por ésta con un cable de espiral blanca, una calva en el pelo y un teléfono móvil negro.

<u>Diligencias practicadas el 29 de abril 2015</u>

- Diligencia de exploración de la menor Claudia. Le muestran unas imágenes de un varón entrando en un portal, así como fotogramas extraídos de las imágenes. Reconoce que el varón que la atacó tenía unas características físicas parecidas: mismo corte de pelo, de esa constitución física y de esa edad. También reconoce los cascos con el mismo tamaño y el cable enrollado.

- Diligencia de toma de manifestación de María. Al igual que a Claudia, le muestra el Instructor y el Secretario una serie de imágenes y fotogramas del varón que atacó a Elena. María declara que ese es el mismo chico que la atacó, lo reconoce perfectamente.

<u>Diligencia practicada el 3 de mayo de 2015</u>

- Diligencia reseñando lugares de los hechos y correlación de los mismos. Mediante esta Diligencia se pide que se contabilicen los minutos que se tarda andando desde un punto a otro de los hechos teniendo de referencia las horas en las que se cometieron los delitos. Las conclusiones son claras, como por distancia entre los hechos, como por el tiempo entre los mismos por parte de la instrucción se cree que son indicios suficientes para concluir que fue el mismo varón el que cometió los tres hechos delictivos que ocupan el caso.

Diligencias practicadas el 4 de mayo de 2015

- 4 de mayo de 2015.- Diligencia informando de los intervinientes en el atestado.
- 4 de mayo de 2015.- Diligencia de entrega. Esta Diligencia consiste en la entrega del resto de Diligencias practicadas por la Policía Judicial en el Juzgado de Instrucción nº1 y nº2 de Collado Villalba. En este momento había dos Diligencias Previas abiertas en dos juzgados diferentes.

Se procede por parte de la Policía Judicial, en fecha 17 de mayo de 2015, a ampliar las Diligencias practicadas con anterioridad:

- Diligencia de detención del presunto autor del hecho. En fecha 17 de mayo de 2015 el Instructor recibe una llamada de la Guardia Civil donde le comunican que han observado a una persona similar a la de los fotogramas que se recogen en esta Instrucción, que podría ser el presunto autor de los hechos. El presunto autor es detenido en una cafetería de Collado Villalba, donde se le procede a informarle de sus derechos y que está en calidad de detenido por la presunta comisión de una agresión sexual y dos abusos sexuales.

- Diligencia de aviso familiar. Mediante ésta, informan a la madre de Daniel, el detenido, que su hijo está en dependencias de la Guardia Civil.

- Diligencia de aviso a la Ilma. Sra. Magistrado Juez en funciones de guardia de Collado Villalba.

- Diligencia de aviso al Colegio de Abogados de Madrid. Daniel solicitó un abogado del turno de oficio.

Diligencias practicadas el 18 de mayo de 2015

- Diligencia de aviso al Juzgado de Instrucción nº1 de Collado Villalba. En este Juzgado se llevaba uno de los delitos de abuso sexual.

- Diligencia de aviso al Juzgado de Instrucción nº2 de Collado Villalba. En este Juzgado se llevaba el otro delito de abuso sexual y el delito de agresión sexual.

- Diligencia en relación a la identidad del detenido; se procede a identificar a Daniel, le preguntan que donde trabaja y le recogen las huellas dactilares.

- Diligencia en relación a objetos intervenidos al detenido en dependencias policiales. Mediante esta Diligencia se requisan objetos que son iguales o muy parecidos a los recogidos en las grabaciones del portal de la calle Gabriel García Márquez. Entre ellos, se entregan al Juzgado como pieza de convicción: unas pulseras de goma, un teléfono similar en color y tamaño al de las grabaciones, unos cascos que son reconocidos por las dos menores y una gorra de características similares a las descritas por María.

- Diligencia de aviso a la Ilma. Sr. Fiscal de guardia de la Fiscalía Provincial de Madrid, sección territorial Collado Villalba.

- Diligencia informando a los intervinientes citados en el presente atestado con objeto de que comparezcan en el Juzgado de Instrucción nº4 de Collado Villalba.

- Diligencia de antecedentes policiales de Daniel que constatan que tiene antecedentes por la comisión de un delito de lesiones en fecha 4 de noviembre de 2012.

- Manifestación del detenido Daniel. El detenido se encontraría en dependencias de la Guardia Civil y se niega a declarar, pero no se niega a que le recojan muestras de ADN.

- Diligencia de reportaje fotográfico de indicios/evidencias. Se toman fotografías de las pertenencias que llevaba Daniel en el momento de su detención. Las pertenencias son comparadas con las pertenencias que portaba el varón en el momento me cometer el hecho delictivo contra Elena, se utilizaron las grabaciones del portal. Las conclusiones son claras: es la misma persona que realizó un delito de agresión sexual contra la menor de 12 años (Elena), así mismo y tras los hechos sucedidos a la menor de 14 años (Claudia) y a María. Consideran que las características físicas facilitadas por las víctimas, los cascos que portaba, así como el modus operandi como por el tiempo que tardó de un lugar a otro donde se cometieron los hechos delictivos llevan a Daniel como autor de los tres delitos.

Diligencia practicada el 19 de mayo de 2015

- Diligencia de entrega, mediante la cual le entregan a Daniel sus pertenencias.

Exhortos e inhibitorias

Una vez practicadas estas Diligencias, el Juzgado nº 4 de Instrucción de Colado Villalba requirió mediante sendos oficios la Inhibición de las Diligencias Previas a los Juzgados de Instrucción nº 1 y nº 3 de Collado Villalba. También les envió exhortos con la finalidad de que remitieran al Juzgado de Instrucción nº 4 a la mayor brevedad el testimonio de las Diligencias previas practicadas.

A nivel procesal, los exhortos y las inhibitorias tienen gran peso en este caso analizado, por eso vamos a definir estas mencionadas figuras:

A) Los exhortos

Son un acto de comunicación entre los tribunales durante el curso de un proceso; tiene lugar cuando el tribunal que está conociendo del proceso ha de pedir el auxilio de un tribunal de otra circunscripción para realizar alguna actuación.

El auxilio judicial es la colaboración de unos tribunales con otros para la realización de ciertos actos procesales. Esta colaboración procede, en general, cuando determinadas actuaciones de un proceso han de realizarse fuera de la circunscripción del tribunal que está conociendo del asunto.

Los sujetos del auxilio son los siguientes:

- El tribunal exhortante, que es el que está conociendo del proceso y solicita el auxilio para una concreta actuación del mismo;
- El tribunal exhortado, que es aquel a quien se pide el auxilio, por ser el tribunal del lugar en que deba practicarse el acto de que se trate.

El auxilio judicial comprende 5 fases que son:

1. La resolución del tribunal competente acordando la práctica de la actuación de que se trate.
2. La expedición del exhorto requiriendo la realización del acto en cuestión por el tribunal exhortado.
3. La remisión del exhorto al tribunal que ha prestado el auxilio.
4. La realización por el tribunal exhortado del acto de que se trate.
5. La remisión del resultado del acto al tribunal exhortante. Esta remisión puede realizarse de dos formas a tenor del art. 172 de la LEC. Por remisión directa, es decir, por medio del sistema informático o por remisión por conducto personal que consiste en entregar el exhorto a la parte interesada para que sea ésta la que lo lleve al tribunal exhortado y se encargue de su cumplimiento.

Un claro ejemplo lo tenemos en este caso analizado:

"EXHORTO

1.- Órgano judicial exhortante: Jdo. 1ª Inst. e Instrucción nº 4 de Collado Villalba.

2.- Órgano judicial exhortado: Juzgado de Instrucción nº 2 de Collado Villalba.

DILIGENCIAS QUE SE INTERESAN

Que se remita a este juzgado a la mayor brevedad posible testimonio de las diligencias previas xx/15."

B) La inhibición

La inhibitoria es uno de los instrumentos de los que disponen las partes de un proceso penal y el Ministerio Fiscal, es decir, la acusación y la defensa, para denunciar la falta de competencia territorial al Juez ante el que se siguen las actuaciones penales, interponiéndose ante el Juez que se considere competente para que éste acepte su propia competencia y reclame la remisión de las actuaciones al juez que está conociendo de las mismas.

Analizando la documentación del caso analizado, nos encontramos con un Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 y con otro del Juzgado de Instrucción nº 1 de Collado Villalba, ambos de inhibición. Los autos pasan al Juzgado nº 4 de Collado Villalba, acumulándose estas actuaciones y procediendo a asignar a las Diligencias Previas acumuladas otro número nuevo. Por lo tanto, encargado final de tramitar las Diligencias Previas será el Juzgado de Instrucción nº 4 de Collado Villalba[7].

Un ejemplo de lo mencionado:

"Juzgado de Instrucción nº 2 de Collado Villalba
DDPP Procedimiento abreviado (...) /15

(...)

PARTE DISPOSITIVA

Acéptese la inhibición de las Diligencias Previas (...) remitidas por el Juzgado de Instrucción nº4 de Collado Villalba, y acumúlese estas actuaciones a las Diligencias Previas (en este caso concreto se le asigna un nº nuevo)".

C) Práctica de nuevas Diligencias por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Collado Villalba.

<u>Diligencias practicadas el 19 de mayo de 2015</u>

- Declaración de la perjudicada, María; que se ratifica en la declaración que consta en autos. Que el investigado se acercó a ella con la supuesta intención de ayudarle a cargar con las bolsas de la compra, pero en vez de eso afirma que *"le tocó la*

[7] Art. 38 de la LECrim: *"Consentido o ejecutoriado el auto en que el Tribunal se hubiese inhibido, el Letrado de la Administración de Justicia remitirá la causa, dentro del plazo de tres días, al Tribunal que hubiera propuesto la inhibitoria, con emplazamiento a las partes y poniendo a disposición de aquél los procesados, las pruebas materiales del delito y los bienes embargados".*

zona genital" y que llevaba un pantalón de chándal y debajo de éste un neopreno para adelgazar, y aún así noto la mano del atacante.

- Exploración de la menor de edad, Claudia; también se ratifica en la declaración que consta en autos. Afirma que el chico que la atacó le subió la falta y le tocó entre las piernas en la zona genital y, como dato importante, le muestran una foto de los cascos de Daniel y los reconoce diciendo que son los de su atacante.

- Declaración del denunciante en su calidad de representante legal de la menor de edad Claudia; *"no presenció nada de los hechos".*

- Exploración de la menor de edad, Elena; se ratifica en la declaración que consta en autos. Alega que, tras esperarla el atacante en las escaleras, éste le dice que le tapara que iba a hacer pis, que le cogió la mano para que le tocara el pene y le puso la mano en éste, que le rozó con el pene en la boca y que ella salió corriendo.

- Declaración del denunciante en calidad de representante legal de la menor de edad Elena; ratificándose en la denuncia.

- Declaración del testigo, Javier; que se ratifica en la declaración prestada. Vio a Elena correr por las escaleras y al investigado detrás de ella, llamándole la atención las dos calvas que llevaba en el pelo.

- Declaración del detenido, Daniel; se le comunica que se le imputa expresamente dos delitos de abuso sexual y un delito de agresión sexual, a lo que contesta que él no ha violado a nadie ni ha agredido a nadie. Que su única intención era entrar a los portales para intentar sacar dinero, alegando que en casa andan faltos de recursos económicos.

  Preguntado el hecho denunciado por María, Daniel confirma que quería quitarle la cartera que llevaba en la parte trasera del pantalón, sin intención de tocarle la zona genital.

Preguntado por el hecho denunciado por la menor de edad Claudia, Daniel dice que como la niña llevaba uniforme creía que venía de un colegio privado, hecho que él relaciona con tener dinero, por lo tanto, intentó robarle, pero no le metió la mano por debajo de la falda.

Preguntado por el hecho denunciado por Elena, Daniel afirma que no quería robar a la niña porque era muy pequeña, que entró en el portal para intentar robar y que no agredió sexualmente a nadie. Dice que no cogió a la niña pero que ésta salió corriendo hasta encontrarse con un vecino (Javier, el testigo). Reconoció llevar los meritados cascos y que no está en tratamiento psicológico, aunque de pequeño iba al psicólogo, simplemente tiene problemas de ansiedad porque está amenazado por otro chico y por eso se le cae el pelo (característica física que reconoce el testigo y una de las menores en sus declaraciones).

D) Auto de Procesamiento.

Una vez practicadas todas las diligencias, el juez dictó Auto de Procesamiento, regulado en los artículos 384 y 384 bis de la LECrim. Auto recurrible mediante recuso de reforma de la defensa ante el Juez Instructor.

Esta herramienta procesal es una resolución del juez instructor. Mediante el Auto queda resuelto si existe o no algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona a la que se declara procesada. En este caso estudiado, y practicadas todas las diligencias necesarias hasta el momento, su Señoría entiende que existen indicios racionales que apuntan a Daniel como autor de varios hechos delictivos; por esa misma razón es procesado mediante este Auto, y a partir de ese momento comienzan a decidir las medidas cautelares a tomar con respecto al mencionado, las cuáles serán desarrolladas en el siguiente punto de este trabajo.

2. <u>Medidas cautelares en el procedimiento penal.</u>

Durante el transcurso del proceso penal, el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado puede verse limitado como consecuencia de la aparición de no pocas circunstancias que pudieran poner en peligro su éxito. Para evitar esta serie de peligros,

está prevista la adopción de una serie de actos restrictivos de libertad o del patrimonio de los responsables de los hechos perseguidos, las cuales son adoptadas durante el curso del proceso penal y que están a su servicio, es lo que conocemos como *"medidas de aseguramiento o como medidas cautelares"*. En función de si recae sobre la persona del sujeto que ha de responder penalmente o sobre sus bienes o sobre los de terceros sobre los que también puedan recaer las consecuencias del hecho ilícito, distinguimos entre:

i. Medidas cautelares personales.
ii. Medidas cautelares reales.
iii. Medidas cautelares contra las personas jurídicas encausadas.

Para aplicar una medida cautelar tienen que concurrir dos presupuestos:

1. La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, que en el ámbito penal debe mejor formularse como *fumus delicti comissi*, que se traduce en la necesidad de que existan indicios racionales que se ha cometido un hecho delictivo.
2. El peligro de la demora o *periculum in mora*, que exige justificar en cada caso que el tiempo que transcurre mientras se ventila el proceso pone en riesgo su continuación o la efectividad de una eventual sentencia.

En los párrafos siguientes vamos a detallar las medidas cautelares que se tomaron el en caso concreto analizado en este trabajo.

A. La detención.

El 19 de mayo de 2015 Daniel es detenido. La detención supone la privación de libertad más liviana que puede imponerse al sujeto con el fin de asegurar su presencia en el proceso durante un tiempo limitado.

Como es el caso, la policía tenia la obligación de detener a Daniel porque, aunque no existía una resolución judicial de procesamiento, frente a éste existían *"motivos bastantes"* para creer que había cometido hechos delictivos. La jurisprudencia exige que: *"existan indicios o sospechas racionales, de cierta entidad, basados en hechos concretos, y no en meras hipótesis o conjeturas"*.

La Guardia Civil procedió a la detención de Daniel al reconocer sus características físicas que coincidían los fotogramas de las cámaras de seguridad del portal de la víctima, Elena. Aparte de la Guardia Civil, un camarero también lo reconoció y en la cafetería donde éste trabajaba fue detenido y puesto a disposición judicial donde se le tomó declaración.

A.1. Duración de la detención.

En cuanto a la duración de la detención, el plazo habrá que atender al art. 17.2 de la Constitución Española y al art. 520.1.2º de la LECrim. Ambos artículos establecen dos consideraciones básicas en cuanto al tiempo razonable para poner al sujeto a disposición judicial o puesto en libertad:

1. El tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.
2. Fijación de un plazo máximo de 72 horas que no cabe en ningún caso sobrepasar. Esto supone que perfectamente puede ser ilegal una detención dentro del plazo de las 72 horas si ya no era necesario (STC 88/2011).

Una vez que el detenido es puesto a disposición judicial, el juez tiene 72 horas para decretar la libertad o la prisión provisional según el art. 497 de la LECrim. Todo ello con la salvedad de que el sujeto se hubiera fugado, en cuyo caso iría directamente al centro penitenciario (art. 500 de la LECrim).

Si el detenido es menor de edad, la policía tiene un plazo máximo de 24 horas para ponerlo en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, el cual, en las siguientes 48 horas tendrá que decidir sobre su situación (LO 5/2000 art. 17.5).

A.2. Los derechos del detenido.

El detenido tiene principalmente la protección constitucional. La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, recoge el derecho del detenido a ser informado de sus derechos por escrito con *"un lenguaje sencillo y asequible";* además, recoge otra serie de derechos[8] como son:

1. A guardar silencio, a no contestar alguna de las preguntas.
2. A no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

[8] Todos ellos recogidos en el art. 520 de la LECrim.

3. A designar un abogado y a la asistencia jurídica gratuita.
4. A informar a su familia de la detención; a solicitar el habeas corpus en caso de detención ilegal
5. A un intérprete en caso de necesitarlo.

B. La prisión provisional.

B.1. Audiencia previa al Auto de prisión provisional.

Una vez practicadas todas las diligencias, el Juzgado celebra la audiencia prevista en el art. 505 de la LECrim con la finalidad de resolver sobre la situación de prisión o libertad provisional del imputado.

Los asistentes a esta audiencia son:

1. El Juez.
2. El Letrado de la Administración de Justicia.
3. El Imputado (Daniel).
4. El abogado de Daniel.
5. El Ministerio Fiscal.

Una vez comunican al imputado los delitos que se le imputan, y teniendo en cuenta que la pena de prisión supera los 10 años, estiman prueba bastante para considerar al detenido como autor de los mencionados delitos. Se solicita la prisión provisional comunicada[9] y sin fianza; una vez concedida la palabra a la defensa del imputado, éste se opone alegando que los delitos de abusos podrían ser constitutivos de faltas y el caso de agresión sexual no se debe sustentar en las declaraciones de la niña porque ésta ha cambiado la declaración en dos ocasiones.

Con la finalidad de suavizar el carácter inquisitivo del procedimiento penal en la fase de sumario, el legislador ha posibilitado a las partes hacer conocer su opinión acerca de esta medida cautelar antes de ser dictada por el Juez de Instrucción (con la salvedad de que la

[9] La prisión provisional comunicada constituye el régimen general y supone que el preso preventivo goza de todos los derechos del art. 520 de la LECrim (derechos del detenido recogidos en el apartado anterior de este trabajo); la prisión provisional incomunicada se trata de un régimen excepcional que solo se da si existe una necesidad urgente para evitar consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona. No se podrá decretar este régimen para menores de 16 años.

medida ya hubiera sido dictada antes, en los momentos iniciales de la investigación por delito grave o por descubrimiento in fraganti y detención inmediata).

Debe comparecer el Ministerio Fiscal[10] y la parte acusadora que esté personada en la causa. Nos encontramos ante una decisión del Juez, siempre que no haya dictado ya la prisión provisional sin fianza, lo que equivale a prisión incondicional sin posibilidad de obtener la libertad como no sea mediante el cumplimiento del plazo máximo que le corresponda por el delito o los delitos que se le imputan.

La audiencia posibilita la participación del imputado, que deberá ser oído, al igual que su abogado, para las alegaciones técnicas relativas a la prisión provisional o libertad del detenido. Oídas las partes, el Juez puede decretar la libertad sin fianza o con fianza que a su juicio corresponda.

B.2. Auto decretando la prisión provisional.

Una vez celebrada la audiencia, en fecha 19 de mayo de 2015, el Juez dicta Auto decretando la prisión provisional comunicada y sin fianza de Daniel.

La prisión provisional está regulada en los artículos 502 a 527 de la LECrim. A continuación, vamos a hacer un resumen de los puntos más importantes sobre esta figura procesal.

B.3. Concepto y presupuestos de la prisión provisional.

La prisión provisional consiste en la privación de libertad de un sujeto mediante su ingreso en un centro penitenciario cuando pesan sobre él indicios racionales de la comisión de un hecho de apariencia delictiva que son objeto de un proceso penal pendiente.

La prisión provisional se debe desarrollar dentro de un marco derivado de la libertad personal y de la presunción de inocencia, sin olvidar la necesaria eficacia en la actuación del sistema penal, persiguiendo todas las infracciones penales que se cometan.

La Constitución Española, en su artículo 1.1, en referencia a la libertad personal y en su artículo 17.1 que cito textualmente *"nadie puede ser privado de su libertad, sino con la*

[10] Puede estar el Ministerio Fiscal sólo en caso de que no haya acusación particular, quien tendría que personarse en caso de que, en el ofrecimiento de acciones, quisiera hacerlo.

observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley".

La presunción de inocencia también hay que tenerla en cuenta que, de acuerdo con el art. 24.2 de la Constitución Española, impone al Estado tratar al encausado como inocente hasta que no exista una sentencia firme que le condene, aunque este principio es compatible con la existencia de determinadas medidas restrictivas de derechos que pudieran ser adoptadas durante la tramitación del proceso penal; la más grave a adoptar es la que estamos tratando, la prisión provisional.

En cuanto a su adopción, solo podrá acordarse cuando se cumplan los siguientes presupuestos legales, recogidos en el art. 503 de la LECrim:

1. Que el hecho investigado en la causa presente caracteres de delito sancionado con una pena cuyo máximo sea igual o superior a 2 años de prisión o inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación.
2. Que pese sobre el sujeto contra el que se va a dictar auto de prisión *"motivos bastantes"*[11] para considerarlo responsable criminalmente del delito.
3. Que la medida persiga uno de los siguientes fines:
   - Evitar el riesgo de fuga y asegurar la presencia del imputado en el proceso. Procederá también acordarla cuando en los dos últimos años se hubiera acordado al menos dos requisitorias[12] para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial.
   - Evitar ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento cundo se entienda que existe un *"peligro fundado y concreto"*, tal y como expresa el art. 503.1 b de la LECrim.
   - Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima[13].

[11] Auto del TS de 15 de marzo de 2016.

[12] Requerimiento judicial o despacho que expide el juez instructor de una causa criminal para citar y emplazar al reo o acusado de un delito; así como para disponer su búsqueda, captura y presentación cuando se desconozca su paradero, para excitar el celo de las autoridades y agentes de la policía judicial y la colaboración espontánea de los particulares (arts. 512 a 515 de la LECrim).

[13] Especial protección a las personas recogidas en el art. 173.2 del CP *"El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su*

- Evitar la reiteración delictiva en los casos de delitos dolosos.

B.4. Duración.

La duración de la prisión provisional solo debe prolongarse el *"plazo razonable"*. Reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional se pronuncian en este sentido; así, la **STC nº 37/1996 de 11 de marzo** establece que: *"Cuando aún no ha sido plenamente destruida la presunción de inocencia por una Sentencia condenatoria, la Constitución exige que la privación de libertad sólo pueda ser concebida, en su adopción y mantenimiento, como «una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan» (STC 128/1995). Lo que desde luego incluye la fijación de un plazo máximo razonable (STC 40/1987, por todas), si bien la delimitación por el legislador de este límite, dentro del criterio mencionado, no puede entenderse como constitucionalmente obligada, pues no de otra forma cabe entender el último inciso del art. 17.4 C.E."*

La duración también la recoge el art. 504.1 que habla de *"tiempo imprescindible"* para alcanzar los fines previstos, todo ello teniendo en cuenta que estamos ante una medida cautelar.

Aún así en la LECrim. se señalan dos marcos temporales distintos:

1. Cuando la prisión se decretó en virtud de los fines previstos en el art. 503.1.3º a) y c) y 503.2 de la LECrim.[14], su duración no podrá excederse de un año si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a 3 años, o de 2 años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a 3 años. Estos plazos son susceptibles de prórroga si la causa no pudiera ser juzgada; la prórroga

---

convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados"; todo ello en relación con el art. 503.1 de la LECrim.

[14] Art. 503.1 LECrim: *"La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos:*
3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:
a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga (...)
c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima (...)"
Art. 503.2 LECrim: *"También podrá acordarse la prisión provisional, (...), para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos".*

que durará hasta 3 años, cuando el delito tuviera señalada una pena privativa de libertad superior a 3 años, o de hasta 6 meses, si el delito tuviera señalada una pena igual o inferior a 3 años. Cuando el encausado fuera condenado, la Ley permite que, si se recurre la sentencia y mientras este se resuelve, se pueda prorrogar la prisión provisional hasta el límite e la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia.

2. Cuando a prisión se hubiera acordado en virtud del motivo previsto en el art. 503.1.3 b) de la LECrim.[15], su duración no podrá exceder de 6 meses.

Para el cómputo de los plazos, la Ley permite tener en cuenta el tiempo que el imputado ha estado detenido o en prisión provisional en la misma causa. Quedará excluido el tiempo en que la causa hubiere sufrido dilaciones indebidas. Asimismo, está dispuesto que el tiempo transcurrido en prisión provisional será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena impuesta en la causa que dicha privación acordó, a tenor del art. 58 del CP.

3. El periodo intermedio.

La fase intermedia da comienzo una vez que concluye el sumario; por ello, en fecha 16 de septiembre de 2015 se dicta Auto de Conclusión de Sumario de acuerdo con el art. 622 de la LECrim. Con este Auto, los autos y las piezas de convicción[16] son remitidos al Juzgado, y éste emplaza a las partes ante el órgano competente para el enjuiciamiento, todo ello regulado en los arts. 622 y 623 de la LECrim. En el caso

[15] Art. 503.1 LECrim: *"La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos:*
3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:
b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto (...)"

[16] La pieza de convicción según el art. 326 de la LECrim son: los *"vestigios o pruebas materiales"* ocasionados por la perpetración de un delito.
Será el Juez instructor o el que haga sus veces el que ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.
El mencionado artículo continúa diciendo: *"hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa".*

estudiado, el órgano competente para el enjuiciamiento es la Audiencia Provincial de Madrid, sección nº2.

Al estar ante el juicio ordinario por delitos graves, conoce de la fase intermedia el tribunal competente para el enjuiciamiento y fallo de la causa la Audiencia Provincial[17].

En la fase intermedia las actuaciones de la fase de instrucción se ponen a disposición de las partes, quienes pueden o pedir que se complete la instrucción solicitando nuevas actuaciones, es decir, nuevas diligencias[18], o si las partes consideran que la instrucción está completa, pueden pedir la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Si todas las partes piden el sobreseimiento, el tribunal debe acordarlo (arts. 642 a 644; 782 y 800 de la LECrim).

En este caso analizado, el Ministerio Fiscal solicitó la apertura del juicio oral en vistas de que había indicios suficientes como para suponer que se habían cometidos varios hechos delictivos; existe opción por parte del órgano jurisdiccional de acordar el sobreseimiento[19] solamente cuando considere que el hecho no es constitutivo de delito (arts. 645 y 783.1 de la LECrim).

Una vez solicitada la apertura del juicio oral, se entrega la causa y los escritos al Letrado de la Administración de Justicia, y éste pasa toda la documentación al Magistrado Ponente para que haga un estudio exhaustivo del caso (arts. 628 y 629 de la LECrim.)

Una vez estudiado el caso por el Magistrado Ponente, a los tres días dicta auto (art. 630 de la LECrim). En ese Auto, ratifica el cierre del sumario teniendo tres opciones:

---

[17] En el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido conoce de la fase intermedia el juez de instrucción.

[18] Esto son las Diligencias Complementarias; el plazo para solicitarlas es de 10 días desde que nos comunican el Auto de Conclusión del sumario (o, en su caso, el Auto de Transformación en el Procedimiento Abreviado). Ei el Tribunal acepta la petición de nuevas diligencias, ordenará reabrir el sumario y remitirá las actuaciones de nuevo al Juez de Instrucción para que practique dichas diligencias (art. 631 de la LECrim.) Si en este plazo no se pide que se practiquen, ya no se podrán pedir una vez comience la fase intermedia del procedimiento.

[19] Que puede ser libre (art. 637 de la LECrim) o provisional (art. 641 de la LECrim); el auto que decreta el sobreseimiento de la causa puede ser recurrible:

- Si es en proceso ordinario por delitos graves: recurrible en casación por infracción de ley (art. 848 de la LECrim).
- Si es en procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido: recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (art. 766 de la LECrim) y la resolución de la Audiencia será recurrible en casación ante el Tribunal Supremo en los términos del art. 848 de la LECrim.

1. Remitir al Juez Instructor la causa para practicar nuevas diligencias, que éste las practique y dicte un nuevo auto de conclusión del sumario y volver al principio del período intermedio.
2. Dictar auto de sobreseimiento libre o provisional.
3. Dictar auto de apertura del juicio oral (que sería irrecurrible, arts. 633 y 645.II de la LECrim.).

En el caso que nos ocupa, en fecha 16 de septiembre de 2015 se dicta auto de apertura del juicio oral.

4. Juicio Oral o Plenario.

La fase de plenario o juico oral se abre con el auto de apertura y finaliza con una condena o una absolución del acusado; aunque también puede haber una conformidad, tal y como más adelante explicaremos.

La estructura de esta fase, de forma esquemática podríamos plasmarla de la siguiente manera:

4.1.Presentación de escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de las acusaciones particulares personadas en el caso.

Tras el auto de apertura del juicio oral, se remite la causa por el Letrado de la Administración de Justicia a las partes para que en 5 días hagan sus escritos de calificación provisional; primero califica el Ministerio Fiscal, luego la acusación particular y por último la defensa del acusado (orden fijado en los arts. 649 y 651 LECrim).

En este punto nos centramos en el escrito de acusación. Las partes acusadoras tienen que formular la acusación mediante el mencionado escrito[20], que en el caso analizado sólo es presentado por el Ministerio Fiscal al sostener la acusación en este procedimiento.

[20] Por excepción, en el enjuiciamiento rápido se admite la acusación de forma oral, y en el juicio sobre delitos leves la acusación se formula oralmente.

Los escritos de acusación deberán contener:

- **Los hechos punibles que resulten del sumario.-** Se describen los hechos ocurridos entre Daniel, María, Claudia y Elena.

- **La calificación legal de los mencionados hechos**.- Determinando el delito delitos que constituyan los hechos relatados en el apartado anterior. En este caso, el Ministerio Fiscal calificó los hechos de la siguiente manera:

"Los hechos relatados en el apartado A/ (siendo la víctima María) y B/ (siendo la víctima Claudia) son constitutivos de ***DOS delitos de ABUSO SEXUAL del art. 181.1 del CP*** *en la redacción vigente al tiempo de los hechos.*

Los hechos relatados en el apartado C/ (siendo la víctima Elena) son constitutivos de ***un delito de ABUSO SEXUAL con penetración a la menor de 13 años en grado de tentativa, previsto y penado en el art. 183.1 y 3 del CP*** *en la redacción vigente al tiempo de los hechos, en relación con el art. 16 y 62 del mismo texto legal"*

- **La participación que en ellos hubiera tenido el procesado.-** En este caso, Daniel como autor de los delitos.

- **Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias agravantes o atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.-** El Ministerio Fiscal alega que *"no concurre en el procedimiento ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal".*

- **Las penas en que haya incurrido el procesado.-** Continúa calificando el Ministerio Fiscal:

  "Por CADA UNO de los delitos de abuso sexual (...) la ***PENA de PRISIÓN de 2 AÑOS con la INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Condena en costas.***

  Por el delito de abuso sexual (...) en grado de tentativa (...), la ***PENA de PRISIÓN de 6 AÑOS con la INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Condena en costas".***

- **La responsabilidad civil derivada del delito, cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados, o la cosa que haya de ser restituida, así como la persona o persona responsable de los daños.-** Petición de responsabilidad civil "*en concepto de daños morales"* a Daniel, siendo ésta de DOS MIL EUROS (2.000,00.-€) para María y Claudia; y SEIS MIL EUROS (6.000,00.-€) para Elena.

- **Las pruebas que se propongan para su práctica en el Juicio Oral, con las listas de testigos y peritos que el acusador pretenda que declaren o informen en el juicio**[21].- Con respecto a la proposición de prueba, el Ministerio Fiscal pide:

  a) El interrogatorio del procesado (de Daniel).

  b) La declaración testifical de María, de Claudia y de Elena.

  c) La documental, pide la lectura íntegra de algunos folios de los autos (menciona concretamente que folios deben de leerse en las sesiones del Juicio Oral) además de pedir el visionado de los DVD unidos a las actuaciones.

- **Solicitud de práctica de prueba anticipada**[22].- Supuesto que el caso analizado no se da.

Por último, en un **OTROSÍ**, se pide la apertura de pieza separada[23] de responsabilidad civil para asegurar las responsabilidades pecuniarias y también que se mantenga la situación de prisión provisional comunicada y sin fianza de Daniel.

Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que, si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia.

---

[21] Arts. 656 y 781.1 párrafo 2º de la LECrim.
[22] Arts. 657 y 781.1 párrafo 3º de la LECrim.
[23] Pieza separada es aquella parte de los autos que, para resolver un incidente que no impide la continuación del procedimiento principal se tramita de forma independiente al proceso principal. Es un procedimiento dentro del principal. Con respecto a la responsabilidad civil, el art. 590 de la LECrim dispone que *"todas las diligencias sobre fianzas y embargos se instruirán en pieza separada"*; todo ello con la finalidad de que no entorpezca el procedimiento principal y garantizar el pago.

4.2. Presentación del escrito de defensa del acusado.

Tal y como se ha mencionado en el apartado anterior, una vez presentado el escrito de acusación, éste es trasladado a la defensa para que en el plazo de 5 días presente sus calificaciones provisionales, es decir, el escrito de defensa[24].

La defensa de Daniel presentó este escrito en fecha 7 de octubre de 2015 y con respecto al contenido, éste contiene los siguientes apartados:

- **La defensa debe de pronunciarse, por conclusiones numeradas y correlativas a las de la acusación, si están o no conformes con cada una de ellas:** *"conforme o disconforme con el correlativo"*. Para ello deben realizar escritos de defensa argumentando su posición y detallando en que se basan para ello. Los escritos de defensa suelen ser muy extensos.

- **Las pruebas que proponga para su práctica en el juicio oral.-** En el caso analizado, la defensa está conforme con la práctica de las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal, además del aporte de la prueba pericial y de la declaración del perito. La defensa de Daniel pide que se practique una prueba pericial psiquiátrica al mencionado, ya que alegan que durante los hechos que van a ser enjuiciados, estaba bajo los efectos de una fuerte medicación.

- **Posibilidad de solicitar prueba anticipada[25].-** No se solicita ninguna prueba anticipada.

En el escrito de defensa, a tenor de los arts. 655 y 784.3 de la LECrim, puede darse una eventual **conformidad** de esta parte; conformidad con la acusación más grave, lo que pudiera dar lugar a la inmediata terminación del proceso con sentencia condenatoria.

[24] Llegados a este punto, si el acusado no tuviera abogado y procurador se le asignará uno de oficio (art. 652 de la LECrim.

[25] Arts. 657 y 784.2 de la LECrim, pruebas que no puedan practicarse durante la vista del juicio oral y que serían motivo de suspensión del mismo.

4.3. Actuaciones previas al inicio de las sesiones del juicio.

Una vez presentadas las calificaciones provisionales por todas las partes personadas en el proceso, el Letrado de la Administración de Justicia dicta Diligencia de Ordenación teniendo por hecha la calificación y remite los documentos al Magistrado Ponente para decidir:

- sobre la admisión o no de las pruebas propuestas para practicar en el juicio oral.
- sobre el señalamiento de la fecha de celebración del juicio oral[26].
- qué personas tienen que acudir al juicio oral y citarlos[27].

En las actuaciones previas al juicio también puede darse la situación, a instancia de parte, de recusar a algún perito a tenor del art. 662 de la LECrim.

4.4. Planteamiento y decisión de cuestiones previas, planteamiento de artículos de previo pronunciamiento.

Tras el auto de apertura del juicio oral y remitida la causa por el Letrado de la Administración de Justicia a las partes, éstas pueden plantear en el plazo de 3 días *"artículos de previo pronunciamiento"*.

En el caso que estamos estudiando no se plantea ninguna cuestión previa que fuera necesaria resolver antes del juicio oral.

La Ley permite a las partes plantear al tribunal competente para enjuiciar ciertas cuestiones que, de ser estimadas impedirían la celebración del juicio oral. Las cuestiones previas se plantean antes de iniciar las sesiones de juicio oral[28].

En el proceso ordinario por delitos graves, a tenor del art. 666 de la LECrim. y de la jurisprudencia, solamente pueden alegarse como cuestiones previas las siguientes circunstancias[29]:

---

[26] En el enjuiciamiento rápido la fecha del juicio la señala el juez de instrucción, art. 800.2 de la LECrim.
[27] En el enjuiciamiento rápido algunas citaciones las hace el juez de instrucción y otras las hace el juez de lo penal, arts. 800.3, 6 y 7 de la LECrim.
[28] En el procedimiento abreviado o en el enjuiciamiento rápido, las cuestiones previas se resuelven una vez iniciado el juicio oral o en los momentos iniciales del mismo, justo antes de la práctica de la prueba. El juez resolverá inmediatamente una vez planteadas y no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la protesta.
[29] En el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido además de estas circunstancias se pueden plantear otras cuestiones previas: como la vulneración de derechos fundamentales; la concurrencia de

- **La declinatoria** por falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que en el caso de estimarse provocaría la remisión del proceso al tribunal competente; recurrible en apelación.

- **Cosa juzgada**, es decir, que el acusado ya ha sido juzgado por los mismos hechos y que ha finalizado con sentencia firme, por lo que el procedimiento terminaría con auto de sobreseimiento libre; recurrible en apelación.

- **Prescripción del delito**, con la extinción de la responsabilidad penal que llevaría a dictar auto de sobreseimiento libre; recurrible en apelación.

- **Petición de amnistía o indulto** como cuestión previa que también sería recurrible en apelación.

- **Falta de autorización administrativa para procesar** en los casos en que sea necesario, con arreglo a la Ley y a la Constitución. Esta circunstancia podría darse en procedimientos penales contra diputados o senadores cuando no se haya obtenido la autorización de la respectiva cámara legislativa por medio de suplicatorio; por lo tanto, se pide autorización y no se concede se procedería al sobreseimiento libre, por el contrario, si se concede se continuaría con la causa que habría quedado suspendida.

Una vez planteadas por las partes las cuestiones previas se abre un **incidente con alegaciones** escritas al resto de partes sobre la cuestión planteada con la posibilidad de practicar pruebas y de celebrar una vista.

Este incidente termina mediante **auto**, si se estima se hará lo pertinente y si se desestima se continuará con el proceso. Este auto es irrecurrible salvo el supuesto de la declinatoria que es posible recurrirlo en casación por infracción de Ley[30].

alguna causa que lleve a la suspensión del proceso penal; la nulidad de actuaciones o cuestiones relativas al contenido o finalidad de la prueba propuesta o que se vaya a practicar.

[30] Según el art. 676 de la LECrim. y del Acuerdo de Pleno de la Sala 2ª del T.S. de 8 de mayo de 1998.

4.5. Celebración del juicio oral.

Analizadas y resueltas todas las cuestiones previas, el Letrado de la Administración de Justicia dicta Diligencia de Ordenación teniendo por hecha la calificación y remite todos los documentos al Magistrado Ponente para que examine las pruebas.

Una vez analizados los escritos presentados, el Tribunal dicta Auto admitiendo o rechazando las pruebas, en caso de que éstas sean rechazadas, la única vía es la protesta a efectos de un futuro recurso de casación. También debe pronunciarse sobre la práctica de la prueba anticipada[31] fijando el día de la práctica y, en caso de rechazo de la prueba se procedería de igual manera que las pruebas ordinarias.

Por último, en el mencionado Auto, el Tribunal debe pronunciarse sobre las medidas de protección acordadas: manteniéndolas, modificándolas o suprimiéndolas.

Tras dictarse este Auto, se emplaza al Letrado de la Administración de Justicia a que dicte Diligencia de Ordenación mediante la cual señala el comienzo de las sesiones del juicio oral y practica las oportunas citaciones al mismo.

En el caso analizado, en fecha 20 de octubre de 2015 mediante Auto se admite la práctica de todas las pruebas propuestas y se mantiene la prisión provisional de Daniel hasta la celebración del juicio. La Diligencia de Ordenación de 21 de octubre de 2015 fija el inicio de las sesiones de juicio el día 8 de marzo de 2016 a las 10:00h de la mañana en la sala de vistas de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Las sesiones del juicio oral son públicas, de no hacerse así podrían suponer la nulidad del mismo[32]. La publicidad implica que puede asistir cualquier persona y no existen restricciones a la información sobre el juicio a los medios de comunicación incluyendo grabaciones y difusión de las mismas.

Pueden existir restricciones a la información sobre el juicio en el supuesto de existir víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y, como excepción puede decretarse la celebración del juicio a puerta cerrada por razones

[31] La finalidad es asegurar la prueba en el juicio (art. 448 LECrim para asegurar la testifical y art. 657.3 de la LECrim para realizar cualquier diligencia de prueba; ambos artículos relacionados con el sumario).
[32] Art. 680 de la LECrim.

de seguridad, para la protección de derechos fundamentales o para evitar perjuicios que alterarían el propio acto de la vista.

El caso analizado tuvo un juicio oral público, aunque eso sí, al haber menores de edad implicadas se puso el límite de divulgar información de las mismas; el mencionado se celebró ante la Audiencia Provincial de Madrid en la fecha y hora señalada y es el Presidente es el que lleva la dirección del juicio.

Llegados a este punto, vamos a detallar la vista del juicio, en la cual se juzgó a Daniel:

- Se **da INICIO A LA VISTA con la lectura** de los hechos por parte del Letrado de la Administración de Justicia, además éste también procede a leer los **escritos de acusación y defensa** de las partes personadas.

Podría darse la eventual **conformidad** con la acusación más grave. La conformidad tendría que darse antes de la lectura de los escritos de acusación y defensa y conllevaría la conclusión del juicio con la inmediata sentencia condenatoria y finalizando así el procedimiento[33]; en el caso analizado no hubo conformidad.

Antes de practicar la prueba se le pregunta a Daniel si sabe por qué está ahí, se le leen una serie de derechos y le preguntan que si quiere declarar, a lo que éste contesta que sí aceptando contestar las cuestiones que se le planteen tanto por el Juez, como por el Ministerio Fiscal y por su propio abogado.

- Comienza la **PRÁCTICA DE LA PRUEBA**, todas ellas propuestas oportunamente por las partes y admitidas por el tribunal; como excepción, se pueden practicar pruebas de oficio no planteadas previamente, todo ello si el tribunal lo considera pertinente.

En cuanto al orden de practicarse las mencionadas, primero se practicarán las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal en el orden planteado, luego las pruebas propuestas por el resto de acusadores y, por último, la defensa del acusado practicará las suyas.

En la LECrim se regula la práctica de las pruebas, concretamente de los arts. 688 a 731 bis. Siguiendo el orden de los mencionados artículos, se procedió en primer lugar a practicar la **declaración del acusado** (Daniel). Preguntado por el Ministerio Fiscal, el encausado afirmó que con respecto a María y a Claudia solo les dio una *"cachetada"* en

[33] En el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido la conformidad del acusado puede expresarse en el juicio oral, art. 787 de la LECrim.

el culo pero nada más; y con respecto a Elena, Daniel solo le pidió que lo cubriera con la chaqueta mientras hacía pis, que en ningún momento le metió el pene en la boca ni usó ningún tipo de violencia contra ella; también le preguntó el Fiscal que si tenia alguna enfermedad, a lo que Daniel contestó que no aunque no recuerde bien los hechos que están siendo enjuiciados en este momento.

Ante las preguntas de su abogado reafirma que fueron *"cachetadas"* en el culo y no tocamientos en las partes íntimas y que no usó violencia contra Elena, ni le metió nada en la boca ni lo intentó.

En segundo lugar, se procedió a la toma de **declaración de la perjudicada/testigo María** que se reafirmó en sus anteriores declaraciones alegando que no fue una simple *"cachetada"* sino un tocamiento desde la rodilla hasta sus partes íntimas por la parte trasera, que duró unos segundos y aunque llevaba una faja reductora debajo del pantalón sintió la mano del acusado, reconocido sin lugar a dudas en las imágenes que le mostró la Guardia Civil en sus dependencias.

En tercer lugar, se procedió a la toma de **declaración de la perjudicada/testigo Claudia**. La testifical se realizó por videoconferencia[34] y estando el padre de la misma presente en todo momento. Se le leyeron sus derechos, se le preguntó si sabía por qué estaba allí y procedió a contestar las preguntas del Ministerio Fiscal y del abogado de la defensa. Contesta que un chico iba detrás de ella cuando subía las escaleras y que cuando ella buscaba las llaves, éste le introdujo la mano por debajo de la falda llegando a tocarle sus partes íntimas durante unos segundos hasta que el chico se fue corriendo. También contesta que cuando se mostraron las imágenes de las grabaciones del portal de otra de las víctimas no se atrevió a decir que era ese el chico que la había atacado porque no estaba segura, pero de lo que sí estaba segura era que los cascos que portaba ese chico eran los mismos que los del que la atacó.

Y, en cuarto lugar, **declaró la perjudicada/testigo Elena**. La menor de edad también realizó su declaración por videoconferencia con la presencia de su madre, y, tras la lectura

[34] Art. 731 bis de la LECrim: *"El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".*

de sus derechos contestó a las preguntas del Juez, del Ministerio Fiscal y del abogado de Daniel. Cabe destacar que el Ministerio Fiscal apreció discrepancias en la declaración de Elena porque ella en algunos momentos describía que llevaba puesta la mochila y la chaqueta y otras veces no, dato importante porque según anteriores declaraciones de la menor, ésta se quitó la chaqueta para tapar a Daniel mientras hacía pis.

Otro dato a tener en cuenta es que el abogado de Daniel pregunta a la chica las razones por las que cambió las distintas declaraciones que se le tomaron durante la instrucción del caso, es decir, la primera vez dijo que no le habían introducido el pene en la boca y en una segunda declaración dijo que sí; a lo que Elena contestó que se habría equivocado en el segundo caso, pero que no le metió Daniel el pene en la boca, que solamente le rozó en los labios. Las declaraciones no deben de ser contradictorias porque pierden todo tipo de credibilidad, pero, en este caso, las declaraciones si que fueron contradictorias.

Con respecto al peritaje, se llamó a declarar al Médico Forense que previamente (el 25 de noviembre de 2015) había aportado un **informe pericial**[35] y se ratificó en el mencionado informe. El informe en cuestión recoge el testimonio de Daniel, donde cuenta que sufre problemas de alopecia en la cabeza ocasionados por problemas de estrés y que fue tratado con corticoides de forma local sobre la zona afectada; el informe forense dictamina que *"el tratamiento, con corticoides y aún más local, no produce alteración alguna en las facultades intelectivas y volitivas"*. Por lo tanto, este tratamiento no afectó psicológicamente a Daniel en nada a la hora de cometer los hechos que se están enjuiciando.

Por último y para concluir con la práctica de la prueba, se procedió a **examinar los documentos y piezas de convicción** de la instrucción propuestos por el Ministerio Fiscal; hechos que se dieron por reproducidos por todas las partes sin darse lectura de los mismos[36]. También se dieron por reproducidos la práctica del visionado de los **DVD** aportados en la instrucción.

---

[35] Regulado en los arts. 723 a 725 de la LECrim; éstos hacen mención especialmente al supuesto de recusación de un perito y cómo proceder ante tal circunstancia.

[36] De conformidad con la jurisprudencia constitucional establecida en la **STS 233/2005, de 26 de septiembre:** *"el hecho de dar por reproducida en el acto del juicio oral la prueba documental sin darse lectura de cada uno de los documentos que la integran tampoco vulnera el derecho constitucional alegado -derecho a un proceso con todas las garantías-, no sólo porque la propia representación procesal del recurrente no se opuso a ello, sino, además, porque, dado que tuvo acceso a todos y a cada uno de esos documentos, y la oportunidad de impugnarlos"*; **STC 12/2004, de 9 de febrero:** *"no se aprecia qué*

- Una vez dada por finalizada la práctica de la prueba, las partes deben de ratificarse o modificar las **CONCLUSIONES PROVISONALES**. El Ministerio Fiscal eleva a definitivas sus conclusiones provisionales dado que la práctica de la prueba no ha añadido nada nuevo ni relevante que pudiera dar opción a cambiar las conclusiones ya aportadas al tribunal.

Sin embargo, el abogado de Daniel sí que cambia sus conclusiones provisionales, modificando éstas y basándose en la poca credibilidad de los testimonios de las perjudicadas/testigos; en las conclusiones definitivas solicitó la absolución del acusado con respecto a los hechos donde las presuntas víctimas eran María y Claudia y modificó por error en la calificación del hecho ocurrido con Elena, debiendo decir que el artículo que debía aplicarse era el art.181.1 del CP. El mencionado artículo hace referencia a los responsables de abusos sexuales sin violencia ni intimidación, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

- Elevadas las conclusiones definitivas, las partes proceden a realizar sus **INFORMES FINALES**. Antes de dar por finalizado el juicio, el tribunal concede la palabra a las partes para que formulen oralmente sus informes finales. La parte acusadora o partes acusadoras podrán exponer en sus informes: *"los hechos que consideren probados en juicio, su calificación legal, la participación que en ellos hayan tenido los procesados y la responsabilidad civil que hayan contraído los mismos u otras personas (...)"*[37]. La defensa también hará sus informes finales a continuación de los mencionados, y si hubiera responsables civiles éstos harán sus informes en último lugar[38].

Analizando el caso expuesto, el Ministerio Fiscal en su informe dice que quedan demostrados los hechos constitutivos de los delitos de los que se acusa a Daniel; el abogado defensor de Daniel alega que no hay ningún hilo conductor de los hechos y que no se desvirtúa la presunción de inocencia, por ejemplo, con los cambios en las declaraciones de Elena.

---

indefensión material ha podido provocar que no (se) diera lectura a los distintos documentos aportados en la causa".

[37] Art. 734, párrafo 2 de la LECrim.

[38] Art. 736 de la LECrim.

- Para concluir el juicio oral, se le concede al acusado la **ÚLTIMA PALABRA**[39]. El presidente del tribunal pregunta al acusado si tiene algo que manifestar al tribunal y, si contesta afirmativamente, se le concede es última palabra.

El presidente cuidará de que los procesados al usarla no ofendan la moral ni falten al respeto debido al tribunal ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas, y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario.

- Después de hablar los defensores de las partes y los procesados en su caso, el presidente **DECLARARÁ CONCLUSO EL JUICIO PARA SENTENCIA**[40] (*"visto para sentencia").*

- Como regla general, una vez iniciado el juicio oral, éste continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión. No obstante, el tribunal podía retrasar la fecha de inicio de las sesiones cuando las partes, por motivos independientes de su voluntad, no tuvieren preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos o, también podría acordar la suspensión del juicio oral, después de iniciado, en los casos previstos en el art. 746 de la LECrim[41].

Cuando tenga que prolongarse de forma indefinida la suspensión del juicio, o por un tiempo demasiado largo, se declarará sin efecto la parte del juicio celebrada, y se citará a nuevo juicio para cuando desaparezca la causa de la suspensión o puedan ser reemplazadas las personas reemplazables[42].

---

[39] Art. 739 de la LECrim.
[40] Art. 740 de la LECrim.
[41] *"Procederá además la suspensión del juicio oral en los casos siguientes: 1.º Cuando el Tribunal tuviere que resolver durante los debates alguna cuestión incidental que por cualquier causa fundada no pueda decidirse en el acto; 2.º Cuando con arreglo a este Código el Tribunal o alguno de sus individuos tuviere que practicar alguna diligencia fuera del lugar de las sesiones y no pudiere verificarse en el tiempo intermedio entre una y otra sesión; 3.º Cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos (...) ; 4.º Cuando algún individuo del Tribunal o el defensor de cualquiera de las partes enfermare repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio ni pueda ser reemplazado el último sin grave inconveniente para la defensa del interesado. Lo dispuesto en este número respecto a los defensores de las partes se entiende aplicable al Fiscal; 5.º Cuando alguno de los procesados se halle en el caso del número anterior, en términos de que no pueda estar presente en el juicio. La suspensión no se acordará por esta causa sino después de haber oído a los facultativos nombrados de oficio para el reconocimiento del enfermo; 6.º Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (...)"*
[42] Art. 745 de la LECrim.

1. Sentencia.

Una vez acabado el juicio oral, en fecha 14 de marzo de 2016 la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia; a continuación, vamos a analizar la misma.

La sentencia dictada en la última fase del procedimiento ha de ser entendida como la resolución judicial que pone fin al proceso, pronunciándose sobre lo que ha sido objeto y decidiendo sobre la absolución o condena del encausado. No hay que olvidar que en los procesos que existe conformidad del encausado, no se celebra juicio oral ni práctica de la prueba pero que, al igual que ocurre en los procedimientos que no hay conformidad, concluyen con una sentencia.

La formación y estructura de la sentencia penal está regulada en nuestro ordenamiento en la LECrim (art. 141 a 161) y en la LOPJ (art. 249 a 267). Exponemos a continuación, de manera sucinta, dicha estructura:

a) Encabezado.

Se identifica el lugar de celebración, el tribunal, la fecha, el procedimiento y las partes implicadas; también incluye que Daniel se encuentra en prisión provisional tras ser detenido.

b) Antecedentes de hecho.

En este apartado se concretan los hechos de forma separada y numerada, de forma que sea más fácil resolver las cuestiones planteadas; además se recogen las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa. También se recoge una posible tesis planteada al tribunal. En el caso analizado, no se plantea ninguna tesis.

c) Hechos probados.

En este apartado encontramos la motivación fáctica de la sentencia, también en párrafos separados. Son los hechos que han quedado acreditados tras la práctica de la prueba durante el juicio oral.

Deben ser redactados de forma clara y sin contradicciones, tampoco deben redactarse de forma genérica ni incluir relatos de conceptos jurídicos que más adelante se detallarán en el fallo, ni declarar los hechos que no han podido ser probados durante la práctica de la prueba.

d) Fundamentos de Derecho.

Los Fundamentos de Derecho integran la motivación jurídica; esta motivación debe abarcar distintos puntos y conceptos:

- La calificación jurídica de los hechos punibles que se consideren probados.
- Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.
- La responsabilidad civil *ex delicto*.
- Las costas del procedimiento[43].

Los Fundamentos de Derecho serán analizados de forma exhaustiva en un apartado posterior de este trabajo con el único objetivo de separar la materia procesal de la materia sustantiva.

e) Parte dispositiva o fallo.

Último apartado que contendrá el veredicto de órgano sentenciador: absolverá o condenará al encausado, determinando el alcance de la pena impuesta y sus consecuencias accesorias. También se pronunciará sobre la responsabilidad civil *ex delicto*.

En el caso concreto que estamos estudiando, Daniel fue condenado como autor responsable de 2 delitos de abuso sexual, a la pena 1 año de prisión por el primero y 2 años de prisión por el segundo, todo ello con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

También fue condenado como autor responsable de un delito de abuso sexual con penetración bucal a la víctima menor de edad de 13 años en grado de tentativa; la pena impuesta ha sido de 6 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Hubo condena en costas para Daniel y, en cuanto a la responsabilidad civil, fue condenado a indemnizar a María con 2.000 euros, a Claudia con otros 2.000 euros y por último a Elena con la cantidad de 6.000 euros[44].

---

[43] Art. 239 de la LECrim sobre el pronunciamiento del tribunal sobre costas en autos o sentencias que pongan término a la causa.

[44] Las cantidades mencionadas deberán incrementarse con el abono del interés legal de demora, de conformidad con el art. 576 de la LEC, *"intereses de la mora procesal"*.

2. Recurso de casación.

La competencia para conocer del recurso de casación penal corresponde siempre a la Sala Segunda del Tribunal supremo a tenor del art. 57.1.1º de la LOPJ; la defensa de Daniel acudió a esta vía.

Llegados a este punto y analizando la legislación vigente, no cabría presentar recurso de casación sin antes acudir a la vía de la apelación. La aprobación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales modificó tanto el recurso de casación como el de apelación extendiendo su ámbito de aplicación.

Las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) no podían ser recurridas en apelación. Esta Ley 41/2015 modifica la LECrim, e introduce un nuevo art. 846 ter según el cual también serían recurribles en apelación:

- Los Autos que ponen fin al procedimiento ya sea por falta de jurisdicción o por sobreseimiento libre.
- Las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Del recurso de apelación conocerán las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional). La mencionada ley se empezará a aplicar a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, es decir, los procedimientos iniciados antes de diciembre de 2015 no tendrían acceso a la mencionada segunda instancia y únicamente tendrían previsto acudir al recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Ante el caso concreto, fue el 23 de abril de 2015 cuando comenzó el presente procedimiento, por lo tanto, la única vía para recurrir era el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Los motivos de casación no han cambiado con la nueva ley de modificación de la LECrim, son *numerus clausus* ya que nos enfrentamos a un recurso extraordinario:

- Motivos de casación por infracción de ley.

- Motivos de casación por quebrantamiento de forma producido en el desarrollo del juicio oral.

- Motivos de casación por quebrantamiento de forma producido en la sentencia.

En el caso analizado, se presentó motivo único de casación *"por infracción de ley"*, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

La defensa de Daniel alegó que no se había apreciado de forma correcta la prueba practicada acerca del relato de los hechos llevados a cabo por la menor de edad Elena; se refiere a las contradicciones en las declaraciones de la mencionada que además el propio Ministerio Fiscal reconoce pero que alega que estos cambios son porque *"la menor no tenía confianza al principio y luego sí"*, justificando de esta forma los cambios.

Este recurso de casación fue desestimado por el Tribunal Supremo.

VIII. ANÁLISIS SUSTANTIVO

Una vez analizado todo el procedimiento, nos vamos a centrar en el desarrollo de los Fundamentos de Derecho recogidos en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, donde haremos un examen exhaustivo de los mismos.

1. Fundamento Primero. Valoración de la prueba.

La sentencia enumera de forma ordenada las distintas pruebas que se practicaron en el juicio. Cabe destacar la declaración de Daniel, que reconoció los tres hechos denunciados por las víctimas, pero resta importancia a lo sucedido *"sólo les toqué el culo", "entramos en el portal (Elena y Daniel) y le pedí que me tapara mientras hacía pis, no la agarré ni nada".*

El tribunal valora que sí que hubo ánimo libidinoso en las actuaciones de Daniel, todas ellas realizadas siendo perfectamente consciente de lo que hacía y sin que el hecho de tomar medicación de cortisona fuera relevante para que modificara su capacidad de actuación.

Esta valoración de la prueba enervaría la presunción de inocencia recogida por la jurisprudencia de art. 24.2 de la Constitución Española. Los requisitos recogidos en la sentencia para valorar las pruebas son:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva; Daniel reconoce que no conocía a ninguna de las víctimas.

2. Persistencia de la incriminación, prolongada en el tiempo y sin ambigüedades ni contradicciones; el tribunal valora que no hay contradicciones en ninguna de las declaraciones practicadas en el juicio (aunque sí que las hay en las declaraciones de Elena, motivo de casación alegado por la defensa de Daniel en su recurso presentado ante el Tribunal Supremo).

3. Verisimilitud; el tribunal da verosimilitud plena a las declaraciones de las víctimas diciendo además que *"se corroboran con las declaraciones de Daniel que reconoce los hechos"*, con la única diferencia es en la forma en la que el enjuiciado *"toca"* a las víctimas de los abusos. También da plena verosimilitud a las declaraciones de Elena basándose en las grabaciones de seguridad del inmueble donde sucedieron los hechos.

El tribunal termina diciendo que: *"no tiene duda alguna de que los hechos se han producido de la forma expuesta en el relato fáctico (...), con la intención clara de satisfacer sus apetencias sexuales con tres víctimas escogidas al azar (...)";* mención del tribunal que deja ver la intención de condenar a Daniel en el fallo de la sentencia.

2. Fundamento Segundo. Calificación jurídica.

Analicemos los tipos penales descritos en la sentencia.

2.1. Delito de abuso sexual tipificado en el artículo 181.1 del Código Penal (en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos).- El mencionado precepto dice que el tipo castiga *"el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de 18 a 24 meses".*

- Con respecto a la víctima María: el artículo aplicable a este caso es el mencionado porque la menor de edad, en ningún momento presta su consentimiento para ser tocada de la forma en la que Daniel lo hace.

- Con respecto a la víctima Claudia: en este caso, la menor de edad de 14 años no tiene capacidad para prestar su consentimiento para realizar este tipo de disposiciones sexuales, pero este artículo protege el desarrollo futuro de su libertad sexual, *"impidiendo que el comportamiento del acusado aún actuando sin violencia o intimidación, tocando a la menor (...), afecte al bien jurídico tutelado su "indemnidad sexual".*

La consumación de ambos delitos se produce con el mero contacto corporal. Teniendo en cuenta que se aplicó el CP vigente en el momento de ocurrir los hechos, tal y como se explica en el apartado *"IV. LEGISLACIÓN SUSTANTIVA APLICABLE"* de este trabajo, sino, estaríamos hablando de un delito de abuso sexual en su modalidad básica (art. 181.1 del CP) y otro delito de abuso sexual a menores de 16 años (art. 183.1 del vigente CP).

Con la reforma de la LO 1/2015, se fija la llamada *"edad de consentimiento sexual"* en 16 años, es decir, se criminaliza cualquier acto de carácter sexual realizado con una persona menor de esa edad. Al elegir una edad límite tan elevada, es necesario incorporar

una cláusula de excepción[45] que excluya del ámbito de la tipicidad supuestos en los que no cabe apreciar ninguna situación de abuso, por tratarse de dos personas próximas en edad y desarrollo.

2.2. Delito de abuso sexual con penetración a menor de 13 años en grado de tentativa del artículo 183.1 y 3 (en su redacción vigente al tiempo de los hechos), en relación con el artículo 16 y 62 del mismo texto legal.

El tribunal califica de *"tentativa"* la acción de Daniel contra la víctima (Elena) al intentar éste introducir su pene en la boca de la menor y ésta salir corriendo impidiendo consumar el delito, razón por la que el abuso ha sido calificado en grado de tentativa.

3. Fundamento Tercero. Participación en el delito.

De dichos delitos, el tribunal confirma que Daniel debe responder en calidad de autor, arts. 27 y 28 del CP, por su *"participación material, voluntaria y directa en la ejecución de los hechos (...)"*

De forma resumida, la participación en el delito puede ser de la siguiente forma:

- **Autor.** Es aquel que ostenta una posición preeminente que permite afirmar que el hecho le es propio; tenemos el autor directo que es el que comete el hecho delictivo por sí solo y de propia mano y por otro lado tenemos el autor mediato que es el que comete el delito valiéndose de otro (autor inmediato).

- **Coautor.** Son también autores quienes realizan el hecho conjuntamente, art. 28.1 del CP. Ambos sujetos realizan conjuntamente el hecho delictivo que genera la imputación del hecho completo, y esta solución es perfectamente pacífica en la doctrina y jurisprudencia.

- **Inductor.** Es el que hace nacer en otro la voluntad de cometer un hecho delictivo. A diferencia del autor mediato, el inductor ejerce un influjo psíquico sobre otra persona que va a ser quien finalmente ejecute el hecho de manera responsable.

[45] Incorporada en el art. 183 quáter de la LECrim.

- **Cooperador necesario.** Al igual que el inductor, el CP lo considera como autor en sentido estricto, aunque no lo sea. También la doctrina y la jurisprudencia interpretan que se trata en realidad de un partícipe al que se sanciona con la misma pena que el autor. Si el inductor tiene el control del hecho desde el inicio, el cooperador necesario lo tiene en algún momento de la ejecución, que no podría haberse llevado a cabo sin su concurso.

- **Cómplice.** Es cómplice quien, sin ser autor, inductor o cooperador necesario, coopera en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos; se distingue del autor en que no se puede considerar el delito como su obra, tampoco aporta condición necesaria para la ejecución a diferencia del cooperador necesario. La pena será inferior en grado a la del autor, art. 63 del Código Penal.

4. Fundamento Cuarto. Circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

"No concurren circunstancias modificativas de responsabilidad alguna". De esta forma se pronuncia la Audiencia Provincial con respecto al caso analizado al tener en cuenta el informe pericial médico aportado y ya explicado en este trabajo; por lo tanto, no aplica ningún atenuante ni agravante.

Definamos brevemente cuales son las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal que aparecen recogidas en los arts. 21, 22 y 23 del CP:

- **Circunstancias atenuantes.** Son las siguientes:
    - Actuar el culpable a causa de su grave adicción a drogas, alcohol, …
    - Obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan podido producir arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
    - Haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima o a disminuir sus efectos.
    - Dilaciones indebidas y extraordinarias en la tramitación del procedimiento siempre que no sea atribuible al inculpado.
    - Circunstancias análogas a las mencionadas.

  Para calcular la pena, y tratándose de delitos dolosos, si solo concurre un atenuante se aplicará la pena en su mitad inferior a la que fije la ley para el delito;

si concurrieran dos o más atenuantes, se aplicará la pena reducida en uno o dos grados a lo que fije la ley para el delito.

- **Circunstancias agravantes.** Son las siguientes:
  - Ejecutar el hecho con alevosía.
  - Ejecutar el hecho mediante disfraz, 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.
  - Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.
  - Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, por ideología, religión, etnia, raza, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género o enfermedad o discapacidad.
  - Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima (ensañamiento).
  - Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.
  - Ser reincidente.

  Para calcular la pena, y tratándose de delitos dolosos, si solo concurre un agravante se aplicará la pena en su mitad superior a la que fije la ley para el delito; si concurrieran dos o más agravantes, se aplicará la pena aumentada en uno o dos grados a lo que fije la ley para el delito.

- **Circunstancia mixta de parentesco.** Puede agravar o atenuar la responsabilidad según los motivos y efectos del delito el ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de efectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del defensor o de su cónyuge o conviviente.

Este artículo está estrechamente relacionado con el artículo primero de la LO 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Para agravar o atenuar la pena habría que analizar cada caso y ver las circunstancias concretas.

5. Fundamento Quinto. Aplicación de la pena.

Los jueces, a la hora de aplicar las penas y analizando si existen (o no) circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tienen en cuenta la pena fijada por el Ministerio Fiscal y por las acusaciones particulares o populares que pudieran existir en el procedimiento.

En el caso analizado, el Ministerio Fiscal solicitó 2 años de prisión por cada uno de los delitos de abusos sexuales; la Audiencia Provincial condenó a 1 año de prisión con respecto al delito cometido en relación con María y 2 años de prisión con respecto al delito cometido en relación con Claudia.

Con respecto al delito cometido en relación con Elena, el Ministerio Fiscal reclama seis años de prisión para Daniel; la Audiencia Provincial, efectivamente condenó a Daniel a seis años de prisión. Se condenó por un delito de abuso sexual a menor de 13 años en grado de tentativa, por lo tanto, se consideró que se debería de rebajar la pena solamente en un grado (se rebajó la pena en su mitad inferior, aplicando el art. 66 del CP).

Tentativa. La tentativa está recogida en los artículos 16 y 62 del CP. Establecen dichos preceptos que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de tal voluntad del autor".

El Código Penal castiga las acciones consumadas y acabadas, pero también las acciones intentadas como formas imperfectas de la ejecución de la infracción penal; no se practican todos los actos de ejecución que debieran producir a la voluntad del autor. Por lo tanto, entendemos la tentativa como el inicio de la ejecución del hecho criminal, mediante todos o parte de los hechos que deberían producir el resultado que no se produce, pero por causas ajenas a la voluntad del autor.

6. Fundamento sexto. Responsabilidad civil.

El CP vigente determina que toda persona criminalmente responsable de un delito, también lo es civilmente por los daños y perjuicios que se deriven, art. 116 del citado texto legislativo. La responsabilidad civil comprende la restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales, art. 110 del CP.

En concepto de daños morales, se le impuso a Daniel un total de 10.000.-€ (6.000.-€ a Elena, 2.000.-€ a Claudia y la misma cantidad a María).

7. Fundamento séptimo. Costas procesales.

Las costas procesales fueron impuestas a Daniel en aplicación del art. 123 del Código Penal, al ser éste el criminalmente responsable de la comisión del delito.

8. Fallo.

En este caso concreto, el órgano juzgador condenó a Daniel por:

- 2 delitos de abuso sexual sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal (1 año de prisión por el primero y 2 años de prisión por el segundo; con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena).
- 1 delito de abuso sexual con penetración bucal a menor de 13 años en grado de tentativa (pena de 6 años de prisión; con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena).
- También, al pago de las costas y al pago de una indemnización por responsabilidad civil (descrita en el apartado 6 de este epígrafe).

IX. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Una vez hemos analizado el caso concreto, vamos a comparar el mismo con la distinta jurisprudencia dictada por los tribunales penales de nuestro país.

Comenzamos analizando la **SAP de Murcia (Sección 5ª) nº 109/2009 de 9 de octubre**. El delito de abuso sexual se comete sobre una menor de edad de 14 años. El acusado, tras haber estado de fiesta y habiendo tomado alcohol, se encontró con la menor y cito textualmente: *"el acusado, con ánimo de satisfacer sus pasiones sexuales y sin que existiera consentimiento por parte de la señorita Salome (de 14 años), comenzó a tocarle por encima de la ropa el pecho y el glúteo, lo que provocó que éstas a refugiarse en su habitación…"*

El Juzgado de lo Penal nº 2 de Cartagena, condenó al acusado como autor responsable de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 del CP, con la concurrencia de atenuante analógica de embriaguez, a la pena de un año de prisión. El acusado también tuvo que indemnizar a la víctima perjudicada con la cantidad de 600.-€ en concepto de indemnización por daños y perjuicios, así como el pago de las costas procesales.

Se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Murcia.

Analicemos la **SAP de Cádiz (Sección 4ª) nº226/2009 de 22 de junio**. Los hechos probados son los siguientes: *"El acusado, actuando con la finalidad de satisfacer su apetito sexual, se acercó a las niñas (de 8 y 10 años) y se puso a hablar con ellas diciéndoles que eran muy guapas y que pronto se harían mayores y se quedarían embarazadas, ganándose la confianza de las menores y comenzando a tocarlas el pecho y las piernas a ambas, para a continuación, y habiéndolas convenido para ello previamente, llevarlas al interior de los servicios de hombres de la playa, donde tras cerrar la puerta comenzó a hablar al oído a Zaira y a tocarle el pecho mientras la otra menor permanecía al lado de ambos. Siendo la acción del acusado interrumpida por la pronta actuación de los voluntarios de protección civil y la limpiadora de la playa, que habían sido advertidos de lo que estaba pasando"; "el antecedente fáctico, cuya integridad ha de respetarse, no puede ser más explícito y revelador acerca del atentado perpetrado contra la libertad sexual de las menores (…) a las que el acusado efectuó tocamientos libidinosos en sus piernas y pechos, comportamiento a todas luces revelador*

de ese elemento intencional, por lo que el artículo 181.1.2.4 en relación con el 180.3 ambos del Código Penal"

Por estos hechos, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Cádiz, condenó al acusado como autor criminalmente responsable de dos delitos de abusos sexuales, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por cada uno de los delitos se le impuso una pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo; asimismo, se le condenó a acercarse a las menores a menos de 300 metros de su domicilio o a comunicarse con ellas por cualquier medio por cinco años. Más la condena en costas.

Con respecto a los daños morales, se le condenó a pagar 4.000.-€ a cada una de las menores. La sentencia argumenta diciendo que se presentó un informe psicológico y que en el mismo, se manifiesta que es posible que las víctimas sufran trastornos en el futuro. Por este motivo se interpuso por el condenado recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y fue desestimado. Muy de acuerdo con el tribunal enjuiciador.

Un caso muy parecido al analizado a lo largo de este trabajo, es el recogido en la **SAP de Madrid (Sección 2ª) nº204/2018 de 20 de marzo,** que recoge un claro caso de abuso sexual en grado de tentativa. Los hechos son los siguientes: *"dicho acusado era conocedor de que la niña (de 12 años de edad) padecía una discapacidad, por ser ello apreciable en la forma de expresarse la menor, y habida cuenta de la estrecha amistad y el trato, frecuente y familiar, que mantenían su mujer y su hija, con la madre de la menor y la pareja de ésta. En tal ocasión, y aprovechando que la menor, como el resto de sus familiares, estaba dormida, el acusado entró en su habitación, se colocó al borde la cama y tras agarrar fuertemente a la niña por los brazos para moverla hasta dejarla frente a él, la puso con las piernas arqueadas, y para penetrarla, se bajó los pantalones llegando a colocar su pene en la vagina de la menor; momento en el que fue sorprendido por su mujer Lorena que, levantada para ir al baño encendió la luz, y le observó en tal conducta, que le recriminó, sacándole al tiempo de la habitación .*

Como consecuencia de los hechos, la menor tuvo hematomas en ambos brazos que tardaron en curar 15 días, y ha sufrido un "trastorno de stress postraumático" que se ha cronificado, y puede repercutir en su ulterior desarrollo personal, sin poder determinarse su alcance".

Se declaran los hechos probados como constitutivos de un delito de abuso sexual en grado de tentativa a menor de 16 años, previsto y penado en el art. 183.1, 2, 3 y 4 a), 16 y 62 del Código Penal; siendo el condenado responsable criminalmente del delito en concepto de autor (art. 28 del Código Penal).

Las pruebas practicadas en el juicio fueron piezas clave para la convicción del Tribunal sobre la culpabilidad del acusado. Fundamentalmente se basaron en la exploración judicial de la menor (víctima), puesta en relación con la prueba pericial psicológica que le fue practicada durante la instrucción (ratificada en el juicio por el psicólogo). Todas las pruebas han sido, en palabras del Tribunal, *"eficaces en orden a enervar la presunción de inocencia que amparaba al acusado"*.

La defensa alegó que el acusado no pernoctó esa noche en el domicilio donde se produjeron los hechos, pero no lo pudo probar en ningún momento. La declaración de la madre de la menor también fue clave, ya que pudo demostrar que la entrevista de trabajo se alargó hasta muy tarde y no pudo recoger a su hija de casa de sus amigos, con lo que la menor se quedó a dormir en la casa de los mismos (casa del acusado).

Con respecto al grado de ejecución, el Ministerio Fiscal mantuvo en todo momento *"que la agresión sexual se cometió en grado de tentativa en virtud de lo dispuesto en los arts. 26 y 62 del CP, desestimando así la tesis acusatoria mantenida por la acusación particular que opone frente al acusado, la consumación del delito de agresión sexual"*.

La testifical de la mujer del acusado tuvo mucho peso en aclarar este punto al declarar que *"le sorprendió en el momento de los hechos"* (al acusado) y que *"si no hubiera aparecido, hubiera ocurrido algo más"*. La pericial médica de los facultativos que asistieron a la menor también corroboraron que no había habido penetración.

En cuanto a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del acusado, la acusación particular pidió que se aplicara el art. 22.6º del Código Penal, referente al abuso de confianza. Según tiene declarado la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, *"la agravante de abuso de confianza se justifica por el plus de antijuridicidad y culpabilidad que denota una agresión sexual en el marco de una relación de amistad o cuasi familiar, por la mayor facilidad que dicho escenario supone para el autor"*.

El Tribunal consideró que quedaba acreditado que el acusado gozaba de la confianza que le otorgaba la amistad con la familia de la niña y eso hizo que la madre de la menor permitiera que ésta pernoctara en la casa del acusado y de su mujer. El acusado utilizó esta circunstancia para acceder a la niña; por lo tanto se apreció la aplicación de ésta agravante.

Al acusado se le condenó como responsable en concepto de autor de un delito de abuso sexual, en grado de tentativa a menor de dieciséis años, con la agravante de abuso de confianza, a la pena de diez años y un mes de prisión, con accesorias, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

También la prohibición de aproximación a la menor, a una distancia no inferior a 500 metros, y de comunicación con la misma por cualquier vía, durante un plazo de seis años.

Se le impone al condenado, la medida de libertad vigilada, con posterioridad a la pena privativa de libertad, con una duración de seis años.

Y a que indemnice a la menor, en concepto de responsabilidad civil por daños morales, con la cantidad de 31.500 euros, más los correspondientes intereses legales. Todo ello con la condena en costas.

Considero que es una sentencia ejemplar; la menor de edad solo tenía 12 años y tenía una discapacidad. Circunstancias que aprovechó el acusado, abusando de la confianza de la madre, debido a una amistad previa, y que fueron clave para intentar agredir sexualmente a esta niña.

Otra sentencia resulta interesante destacar en este trabajo es la **SAP de Madrid (Sección 5ª) nº 6/2017 de 21 de febrero.**

Los hechos ocurridos el 15 de abril de 2015 son los siguientes: *"La menor Belinda, quien tenía 12 años de edad, trataba de jugar con su prima de 6 años al futbolín que había en la plante alta del citado local, solicitaron ayuda para que le cambiaran 2 monedas de 50 céntimos por una de 1€, imprescindible para poner en funcionamiento dicho juego.*

El acusado acompañó a las niñas a la zona de juego con la moneda solicitada y colocando a las niñas en posición de jugar, introdujo la moneda en el futbolín, <u>pasando la mano entre las piernas de Belinda</u>, y con ánimo libidinoso, tiró de la palanca para dar salida a las bolas, rozando con la mano y tocando con ella, por encima del pantalón, en una sola ocasión la zona genital de la menor, en contra de su voluntad".

Los padres de la menor denunciaron estos hechos ante la autoridad competente tras abandonar el bar.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de abusos sexuales de los artículos 183.1 en relación con el 181.1 del Código Penal en su redacción dada por la LO 5/10, vigente en el momento de los hechos; todo ello con la concurrencia de la agravante de reincidencia del Código Penal, en concepto de autor.

Cierto es que el acusado en 2010 fue condenado por un delito de abusos sexuales a menor de edad; pena que se extinguió el día 5 de enero del 2015.

La defensa del acusado, consideró que los hechos no eran constitutivos de delito solicitando la libre absolución y, de forma subsidiaria, al haberse producido los hechos antes de la entrada en vigor de la última reforma del Código Penal (LO 1/2015), deberían subsumirse en un supuesto de falta de vejación injusta del art. 620.2 del Código Penal.

El Tribunal consideró que la declaración de la menor prestada en el juicio por la menor de edad ha sido corroborada. Belinda en todo momento mantuvo que existió tocamiento con la mano en su zona genital, por encima de su ropa. Lo que sí que hubo fueron varias lagunas a la hora de contar las veces que recibió los tocamientos, ya que en la primera declaración ante la policía dijo que fueron tres veces, en la segunda declaración (esta ya ante el Juez) dijo que habían sido dos veces y, por último en la declaración en el juicio oral dijo que había sido solo una vez y que fue cuestión de segundos.

El acusado mantuvo en todo momento que no realizó la conducta que se le imputaba, pero que no descarta que la pudiese haber rozado con el brazo o la pierna al efectuar la operación de introducir la moneda en el futbolín o tirar de su palanca para que saliesen las bolas.

El Tribunal enjuiciador considera que la conducta del acusado carece *"de la consistencia y gravedad"* que se necesita para condenar a un sujeto por delito de abuso sexual, tal y como pedía el Ministerio Fiscal y que va en contra del principio de proporcionalidad.

La sentencia refleja claramente el cambio normativo y la aplicación de una ley u otra, la más favorable al reo. Ello es así porque el Tribunal dice que se debería de aplicar la pena del art. 620.2 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos (de 10 a 20 días de multa) y, además, correspondería aplicar el agravante de reincidencia.

Cito textualmente: *"Correspondería por tanto la imposición de una pena de 25 días de multa a razón de 20€ diarios, dada la situación económica del reo (art.50 del CP).*

La entrada en vigor de la L.O 1/2015 ha despenalizado las faltas, y en consecuencia ha quedado vacío de contenido todo lo relativo a ellas, con la consecuencia de que no se aplica pena alguna".

El Tribunal acuerda absolver al acusado, con la imposición de 750€ para la víctima en concepto de daño moral.

Tras analizar sentencias condenatorias, salvo la última que se absuelve al acusado pero se le atribuye responsabilidad civil, se va a analizar una sentencia en la que el acusado es absuelto de un delito continuado de agresión sexual en aplicación del principio *"in dubio pro reo".* Esta sentencia llama la atención porque no es usual que se absuelva al acusado por este tipo de delitos, pero las pruebas no tienen una *"mínima actividad probatoria"* de cargo sólida en la que basar sus argumentos para condenar al sujeto.

La meritada sentencia es la **SAP de Madrid (Sección 15ª) nº573/2016 de 26 de octubre**. Los hechos probados y descritos son los siguientes: *"Probado y así se declara que el procesado Fermín (...) mantuvo una relación sentimental con Adolfina, fruto de la cual nació la hija de ambos Delfina, de 5 años de edad.*

Adolfina tenía otras dos hijas, fruto de otras relaciones Miriam de 13 años e Inmaculada de 11 años. Todas convivían en la vivienda sita en (...) A este domicilio acudía a diario Fermín para dar el desayuno a Delfina y llevarla al colegio.

El 25.03.15, Adolfina, presentó denuncia contra Fermín, exponiendo que el día 20.03.15, su hija Miriam le había comunicado que cuando se encontraba sola en el domicilio, contando con 12 años de edad, en al menos tres ocasiones, franqueó la entrada a la vivienda al procesado, quien con ánimo libidinoso, la primera vez le acarició los pechos, y en otras tres posteriores ocasiones tuvo contactos sexuales con este. La menor detalló a la Policía que fueron en total 4 agresiones sexuales, la primera solo tocamientos, la segunda con el acto sexual completo con penetración vaginal, y lo mismo sucedió en la tercera y cuarta ocasión.

Hechos que, según la denuncia, sucedieron entre agosto de 2014, fecha de la llegada de Miriam a España, y marzo de 2015, fecha de la denuncia. Según la menor el procesado le dijo que le iba a regalar lo que ella quisiera pero que tenía que hacer el amor con él.

No ha quedado plenamente acreditado que Fermín realizara los tocamientos o los accesos carnales denunciados".

El Ministerio Fiscal y la acusación particular, en sus conclusiones definitivas calificaron los hechos como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, teniendo como autor a Fermín. Solicitaban 12 años de prisión, con inhabilitación absoluta por el tiempo de condena, libertad vigilada durante 8 años, y la prohibición de acercarse y comunicar con la víctima durante 13 años, así como una indemnización de 20.000.-€.

La defensa solicitó en todo momento la libre absolución de su defendido por la disconformidad en los hechos descritos.

En el juicio se presentó como testigo a la madre de la menor de edad que reiteró la existencia de las agresiones sexuales denunciadas tal y como habían sido referenciadas por su hija. El acusado negó las mismas.

La prueba de cargo, consistió en la lectura de la declaración de la menor que prestó ante el Juez de Instrucción, al no poder declarar ante el Tribunal por encontrarse residiendo en el extranjero, por lo tanto, se cotejó la declaración ante el Juez de Instrucción con la previa declaración policial, donde se revelaron algunas importantes contradicciones, como que en una primera vez solo hubo tocamientos, y la segunda vez hubo relación sexual completa, según la declaración ante la Policía, o solo tocamientos, según la declaración judicial.

La psicóloga forense concluye indicando que: *"A juicio de esta perito el testimonio de la menor no cumple suficientes criterios de credibilidad"*; *"el examen practicado no refiere alteraciones en el estado psíquico de la informada"*.

Cito textualmente el argumento en el que basa la absolución del acusado: *"Este Tribunal, sin descartar que pudieran haber sucedido, no ha alcanzado la convicción suficiente para estimar los hechos como probados.*

Ante las lógicas lagunas de la menor, solo la prueba pericial podía llevar al convencimiento del Tribunal sobre la certeza de los hechos. Sin embargo, <u>los dictámenes no conducen al pleno convencimiento indispensable para dictar la sentencia condenatoria. Por lo que, en este caso, ha de operar el principio "in dubio pro reo"</u>. El principio "in dubio pro reo" es una regla vertebral de la valoración de la prueba dirigida a los Tribunales de lo Penal, en cuya virtud, en aquellos supuestos a enjuiciar en los que

exista una duda indestructible derivada de las pruebas de cargo y de descargo, aquellos deben adoptar el criterio más favorable al reo".

X. CONCLUSIONES

Como reflexión final a este trabajo, puedo decir que el objetivo marcado era analizar un caso concreto, desde el inicio de las actuaciones procesales, hasta que se dictara sentencia. El trabajo en sí ha llevado bastante tiempo debido al amplio expediente que he tenido que estudiar y desglosar para sacar la información principal y relevante.

A lo largo de estas páginas se puede observar y destacar que, al ser víctimas del delito niñas menores de edad, las diligencias practicadas por el Juzgado han sido amplias y siempre intentando proteger a las menores en todo momento, lo que nos lleva a la conclusión de que el Sistema Judicial español es un gran protector de los derechos de los menores. A lo largo de este procedimiento, el Ministerio Fiscal estuvo muy pendiente de todas las actuaciones practicadas y a la hora de tomar declaración a las menores de edad implicadas, es decir, que las exploraciones de las menores siempre se realizaron estando presentes los representantes legales de las mismas (sus padres, en este caso). También hay que tener en cuenta el lenguaje que ha sido utilizado a la hora de hablar con las menores; se les pidió que explicaran con sus palabras qué fue lo que les pasó y cómo se sintieron, todo ello con preguntas simples y sencillas, tanto del Ministerio Fiscal, del Juez y de los abogados.

Podemos observar que a Daniel le aplican el Código Penal vigente al tiempo de cometerse los hechos, hasta aquí todo claro, puesto que le favorecía. Pero, lo que quiero destacar es la agravación de las penas del Código Penal con respecto a las últimas reformas de éste texto legal.

La agravación de penas en los delitos de abuso sexual y agresión sexual está condicionada por todos los recientes casos de comisión o tentativa de este tipo de delitos, que, por desgracia, han ido aumentando a lo largo de los años. El legislador ha pretendido tomar medidas sancionadoras más duras con la finalidad de evitar la comisión de este tipo de delitos, sufridos en su mayoría por mujeres y no siempre mayores de edad, que es más grave todavía.

En este procedimiento, las pruebas aportadas han sido muy importantes porque gracias a las grabaciones de las cámaras, todas las partes pudieron observar como Daniel intentaba agredir sexualmente a una de sus víctimas. También han sido clave las declaraciones de las víctimas, aunque sin olvidar las declaraciones contradictorias de una de las menores,

hecho que podría haber sido objeto de recurso a la sentencia por parte de la defensa de Daniel.

Como opinión personal, creo que el juzgado debería de haber practicado más pruebas psicológicas a Daniel porque no tenía antecedentes penales por la comisión de delitos de esta naturaleza, y cometer tres delitos (uno en grado de tentativa) en un lapso de tiempo tan breve me lleva a pensar que ese día pudo sufrir algún tipo de trastorno mental de carácter transitorio que le llevó a cometer esas acciones. Sí es cierto que se presentaron informes médicos que decían que la ingesta de medicamentos con corticoides no tenía por qué afectar a la conducta de Daniel, pero repito que creo que se debería de haber investigado más sobre qué fue lo que le pasó a Daniel ese día por la cabeza.

Analizar un caso desde el principio hasta el final ha sido de gran ayuda para poder conocer de primera mano algunos aspectos procesales que, en la Universidad, no se aprenden; también ha sido muy didáctico ver desde un punto de vista práctico como afecta una orden de alejamiento, una prisión provisional, qué es un a inhibitoria o simplemente a ver qué es un exhorto.

Sin más que añadir, destacar que la jurisprudencia analizada en este trabajo, trae a colación casos parecidos al de Daniel, es decir, casos de tentativa, víctimas menores de edad, una absolución por falta de pruebas de peso, etc. Casos que me han ayudado a entender la aplicación de las leyes penales, tanto sustantivas como procesales en este tipo de delitos.

XI. BIBLIOGRAFÍA.

- Departamento de Redacción de Aranzadi, *"Esquemas Procesales Civiles y Penales"* 1ª ed., septiembre 2016.
- Memento práctico Francis Lefebvre, *"Acceso a la abogacía 2019"*.
- Memento práctico Francis Lefebvre, *"Penal 2018"*.
- Francisco Muñoz Conde, *"Derecho Penal Parte Especial"* 21ª Edición 2017.
- Claus ROXIN (director), Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Traductor), Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Traductor), Javier DE VICENTE REMESAL, Derecho Penal. Parte General. Tomo I *"Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito"*. 1ª ed., octubre 2014.

XII. JURISPRUDENCIA CITADA

- SAP de Cádiz (Sección 4ª) nº226/2009 de 22 de junio.
- SAP de Murcia (Sección 5ª) nº109/2009 de 9 de octubre.
- SAP de Madrid (Sección 5ª) nº6/2017 de 21 de febrero.
- SAP de Madrid (Sección 2ª) nº204/2018 de 20 de marzo.
- SAP de Madrid (Sección 15ª) nº573/2016 de 26 de octubre.

XIII. BASES DE DATOS

- Aranzadi
- VLex