



Roj: **SAP L 1053/2019 - ECLI: ES:APL:2019:1053**

Id Cendoj: **25120370012019100458**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2019**

Nº de Recurso: **28/2019**

Nº de Resolución: **453/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MERCE JUAN AGUSTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA.

- SECCIÓN PRIMERA -

Procedimiento abreviado 28/2019

PREVIAS 1249/2017

JUZGADO INSTRUCCIÓN 2 LLEIDA (ANT.IN-6)

S E N T E N C I A N U M . 4 5 3 / 1 9

Ilmas. Sras.

Presidenta:

María Lucía Jiménez Márquez

Magistradas:

Mercè Juan Agustín

María Ángeles Andrés Llovera

En Lleida, a veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por las señoras indicadas al margen, ha visto en juicio oral las presentes diligencias previas número 1249/2017, instruidas por el Juzgado Instrucción 2 Lleida (ant.IN-6), por delito Abuso sexual a menores de 16 años, en el que es acusado **Apolonio**, detenido el día 22/07/2017 y decretada la libertad provisional por auto de fecha 24/07/2017, sin que le consten antecedentes penales, de ignorada solvencia, representado por el Procurador D. JORDI DAURA RAMON y defendido por el Letrado D. FRANCISCO CAÑIZARES RUTE.

Es parte acusadora el Ministerio Fiscal y Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a Mercè Juan Agustín.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El Ministerio Fiscal, modificó sus conclusiones provisionales en el momento oportuno del juicio oral señalado para el día de la fecha, entendió que los hechos constituían un delito de abuso sexual en grado de tentativa del art. 183.1, 16 y 62 del CP, del que resulta como autor el acusado, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procediendo imponer al acusado la pena de 1 año y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante tiempo de la condena y costas. Procediendo imponer, de conformidad con el art. 192.1 CP, la medida de libertad vigilada por tiempo de 4 años, asimismo, y en caso de recaer sentencia condenatoria y de conformidad con los artículos 57.1 y 48 del Código penal, interesando la imposición al acusado de la medida de prohibición de acercamiento a las menores, su domicilio o lugar en que se encuentren a una distancia no inferior a 200 metros, por el plazo de 3 años.



En el mismo trámite, la Defensa ejercida por el letrado Sr FRANCISCO CAÑIZARES RUTE, elevó sus conclusiones a definitivas, en el sentido de solicitar la libre absolución de su mandante.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- El acusado Apolonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, se hallaba el día 22 de julio de 2017 en las piscinas municipales de la localidad de DIRECCION000 sita en DIRECCION001 NUM000 , al igual que las menores Lidia y Lorenza , nacidas el NUM001 de 2008 y NUM002 de 2009, respectivamente.

Entre las 20:00 y las 21:00 horas, aproximadamente, las menores se dirigieron a los vestuarios de las referidas piscinas para cambiarse de ropa. Mientras ambas se hallaban el interior del aseo allí existente, entró en los vestuarios el acusado Apolonio , cerrando con el pestillo la puerta de acceso a los mismos, y guiado por el propósito de satisfacer sus instintos libidinosos, se dirigió hasta el aseo donde estaban las menores con la puerta entreabierta diciéndoles insistentemente que quería ver cómo se cambiaban, al tiempo que hacia el gesto de estirar el brazo hacia la menor Lidia , la cual, asustada se echó hacia atrás, causándose una erosión en el glúteo con el portarrollos del papel higiénico, que no precisó de ninguna asistencia facultativa, para a continuación salir corriendo de los vestuarios en busca de su padres, dejando sola a Lorenza .

En aquel momento, el acusado se bajó el bañador y mostrando su pene a la menor Lorenza le dijo "toca, toca, que no pasa nada" a lo que aquélla se negó, y aprovechando que el acusado se dirigió a la zona de los bancos existentes, Lorenza salió de los vestuarios.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son, legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menores de dieciséis años en grado de tentativa del art. 183.1 del Código Penal en relación con los arts. 16 y 62 del mismo texto legal.

El delito de abuso sexual del artículo 183.1 del Código Penal viene integrado por una conducta externa de contacto físico con otra persona, sin el consentimiento de ésta, atentatorio a la libertad sexual o indemnidad del sujeto pasivo. Si el sujeto pasivo es menor de dieciséis años, el acto de carácter sexual se considera siempre abuso, según la redacción dada al artículo 183 del Código Penal por la LO 1/2015, salvo que el menor de dieciséis años haya prestado libremente su consentimiento y el autor sea una persona próxima al menor por su edad o grado desarrollo y madurez -que no es el caso- artículo 183 quater.

La jurisprudencia ya no exige un específico elemento subjetivo del injusto, consistente en el llamado ánimo libidinoso, o finalidad específica de obtener satisfacción sexual, pues el legislador no incluye ningún elemento distinto al dolo, sino que basta que el sujeto conozca la trascendencia de su acción, el significado sexual de su conducta, y con ese conocimiento la realice. En este sentido se pronuncia la STS 957/2016, de 19 de diciembre, con cita de las SSTS 132/2013 y 737/2014.

En el caso presente, la conducta objetiva consistió en que el acusado Apolonio , se dirigió a las menores Lorenza y Lidia , de 8 y 9 años de edad respectivamente en la fecha de comisión de los hechos, cuando se hallaban en los vestuarios de la piscina, insistiéndoles en que quería ver cómo se cambiaban, para a continuación, y tras huir una de ellas apresuradamente, mostrarle a la otra menor, que aún permanecía allí, su pene y pedirle que lo tocara. Las características de la conducta del acusado revelan su idoneidad para afectar a la indemnidad sexual de las menores, y de tal carácter -llegando a mostrar su partes íntimas a la menor-, es claro que era perfectamente conocedor el acusado. Ahora bien, los propósitos del acusado, quedaron en un simple intento, debido a las abiertas negativas de las víctimas a acceder a sus pretensiones, por lo que el delito debe entenderse cometido en grado de tentativa.

SEGUNDO.- La Sala ha alcanzado su convicción a partir de la prueba practicada en el acto de juicio oral, en el bien entendido que todo enjuiciamiento penal exige tomar como ineludible punto de partida el principio de presunción de inocencia, que solo puede quedar desvirtuado por una prueba de cargo suficiente para considerar cumplidamente acreditados, o cuando menos más allá de lo que constituye una duda razonable, los hechos esenciales sobre los que se asienta la acusación, y todo ello a partir de una prueba obtenida con arreglo a las garantías constitucionales, aportada en forma legal al proceso y practicada en el plenario con sujeción a los principios de oralidad, contradicción e inmediación, para ser sometida así a su racional valoración. Sin lugar a dudas, en casos como el enjuiciado, existe una particular dificultad en la medida en que los hechos, por su propia naturaleza, tienen lugar en la más estricta intimidad, y además, de ordinario, las versiones que se ofrecen son completamente contradictorias, de manera que la principal, y en algunos casos, única prueba, se asienta en la difícil valoración de la prueba de carácter personal. De todos modos, y como dice la STS 632/2014, de 14



de octubre, al referirse a la presunción de inocencia, recuerda que "aunque los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores merecen sin duda una contundente respuesta penal, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso".

Y es este el modo en que la Sala, a partir de la prueba de cargo, ha podido alcanzar la plena convicción que permite declarar probado el relato fáctico contenido en la presente resolución, así como su legal consideración como constitutivo del delito anteriormente definido. Así, pese a que el acusado ha venido negando todos los hechos que se le imputaban, viniendo a reconocer que efectivamente coincidió en el vestuario de las piscinas con las menores, pero que únicamente se dirigió a las mismas para pedirles que se dieran prisa en salir del aseo por cuanto él también quería cambiarse, la Sala ha dispuesto como prueba de cargo, con las declaraciones de las menores, practicadas como prueba preconstituida en fase de instrucción (f. 150 y 151), debidamente reproducidas en el acto del plenario, declaraciones corroboradas y complementadas con los otros medios probatorios que a continuación se expondrán, y que confieren a la versión inculpatoria de aquéllas la necesaria credibilidad.

Resulta sobradamente conocido el criterio sostenido por el Tribunal Supremo a propósito de la posibilidad de sustentar una sentencia condenatoria en el testimonio del perjudicado, en particular cuando se trata de delitos de la naturaleza del que se enjuicia. También resulta de común conocimiento que se ha creado un cuerpo de doctrina en el que dicho Tribunal ha establecido una serie de parámetros o filtros o criterios orientadores a los que dichos testimonios debe ser sometidos para aquilatar en la medida de lo posible la veracidad y la fiabilidad del mismo y enervar así el principio constitucional de presunción de inocencia. Ejemplo de lo dicho puede ser la STS n.º 1102/09 de 5 de noviembre que recoge lo que sigue:

"Por ello, no ignorándose la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (STS de 12-2-2004, núm. 173/2004), es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003; SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94 , 16/2000, entre otras), siempre que concurren ciertos requisitos - constitutivos de meros criterios y no reglas de valoración- como:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones previas acusado/víctima, que pongan de relieve la posible existencia de un móvil espurio, de resentimiento, enemistad, de venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que doten al testimonio de aptitud probatoria, de manera que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva, ponderándose adecuadamente en los delitos que no dejan huella.

3º) Persistencia en la incriminación: éste debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

Como recuerda la STS núm. 1033/2009, de 20 de octubre , en tiempos aún más recientes, junto con la reiteración de esa posibilidad que ofrece la declaración de la víctima para ejercer como prueba de cargo sustancial y preferente, hemos venido reforzando los anteriores requisitos, añadiendo además la ineludible concurrencia de algún dato, ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones; que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima del delito.

Pues bien, sentado cuanto antecede, en las exploraciones practicadas, las menores explicaron con gran claridad los hechos que ahora se han recogido como hechos probados de la presente resolución. Los términos en los que se expresaron las menores fueron claros y precisos, utilizando un lenguaje y unas expresiones acordes a su edad y grado de madurez, narrando con total espontaneidad lo ocurrido aquel día. Así la menor Lorenza explicó que los hechos sucedieron por la tarde cuando las piscinas ya iban a cerrar; que junto con Lidia fueron a los vestuarios para cambiarse de ropa; que estaban en el aseo existente en su interior cuando entró un hombre y cerró la puerta del vestuario con el pestillo; que el hombre se dirigió a ellas, que tenían la puerta del aseo medio abierta, diciéndoles que quería ver cómo se cambiaban; que insistía en ello; que en un momento determinado Lidia se movió porque tenía miedo y se hizo daño con el portarrollos del papel higiénico y se fue corriendo; que entonces el hombre se bajó el bañador y sacándose en el pene por encima le dijo "toca, toca, que no pasa nada" pero que ella no lo hizo; que cuando él se fue hacia la sala grande para cambiarse, ella salió del vestuario para explicar a sus padres lo sucedido.



Y en perfecta coherencia con tal declaración, explicó la menor Lidia que hallándose en el vestuario con Lorenza vino un hombre y cerró la puerta con el pestillo; que ellas se fueron al lavabo para cambiarse y aquél les abrió la puerta y les preguntó si podía verlas cómo se vestían; que ellas le dijeron que no, y que él insistía; que en un momento determinado el hombre alargó el brazo hacia ella, y pensando que quería tocarle su "partes bajas" o bajarle el bañador se apartó y se hizo un corte en la pierna; que asustada recogió rápidamente todas sus cosas y salió para avisar a su padres.

Examinados dichos testimonios por el Tribunal, que por su claridad hacen innecesario cualquier otro comentario, entendemos que los mismos resultan plenamente creíbles, siendo los relatos de las menores totalmente coherentes y coincidentes entre sí, y perfectamente compatibles con la situación descrita, destacando la naturalidad y espontaneidad con que las menores narraron lo sucedido y fueron respondiendo a las diferentes preguntas que se les formulaban, facilitando detalles y explicaciones de lo sucedido que no generan duda alguna a la Sala de que lo que las mismas explicaban respondían a una experiencia personal realmente vivida, denotando una inquebrantable persistencia y ausencia de contradicciones tanto en la naturaleza de los hechos a que fueron sometidas por parte de acusado como en la imputación a éste.

Pero es que además la Sala no advierte indicio alguno de una posible manipulación o invención del relato efectuado por las menores, a las que por otro lado no unía ningún tipo de relación con el acusado para pensar que pudieran actuar con móviles de resentimiento o venganza o por cualquier otro motivo espurio, sin que la Sala tampoco aprecie que las mismas hayan podido obtener ningún tipo de beneficio secundario, interés o ventaja con una imputación que no se correspondiera con la realidad.

No desconoce esta Sala que es doctrina jurisprudencial reiterada la que para otorgar plena validez a la prueba testifical practicada en la fase de instrucción como prueba preconstituida exige como uno de los requisitos necesarios la imposibilidad acreditada del testigo para comparecer en el juicio oral, conforme a lo establecido en los arts. 448 y 777 de la LECrim., lo que en el caso de menores ha sido matizado por una abundante corriente jurisprudencial (STS de fecha 10 de marzo de 2009 y las que en ella se citan), en el sentido de ampliar la idea de imposibilidad para testificar en el juicio oral también a los supuestos en que exista riesgo cierto de producir graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, para lo cual habrá de ponderarse como subraya la STS de fecha 28 de febrero de 2007 el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia.

Tampoco podemos dejar de recoger en esta resolución las valoraciones que se contienen en la STS 587/2010 de 27 de mayo cuando expone que la técnica de la exploración grabada del menor con presencia de todas las partes del proceso es un medio eficaz para que en un escenario amable y próximo se exprese libremente el menor y cuente con su lenguaje sin mediatizaciones con insinuaciones de lo ocurrido y ello cuanto más próximo se haga al conocimiento de los hechos tanto suyos porque todo hecho vivido con el transcurso del tiempo tiende a ser reelaborado de forma inconsciente por el testigo, en casos de menores de corta edad la posibilidad de fantasearlo unido en ocasiones a la conveniencia de olvidar hechos que no se quieren recordar, puede producir alteraciones suscitadas en el relato contado frente al hecho vivido. En definitiva, al hilo de tales consideraciones debe entenderse, y así lo estima la Sala, que en este caso concurría una verdadera imposibilidad de las menores para comparecer ante este Tribunal, y que fue acertada la previsión de la Juez de Instrucción anticipando tal eventualidad, salvaguardando los intereses de las menores, tomar la decisión de proceder a su exploración en fase de instrucción como prueba preconstituida, con la asistencia del Letrado de la Administración de Justicia, del Ministerio Fiscal y del letrado del investigado, y con la participación de los peritos psicólogos, quedando por ello cumplida la exigencia de los principios de contradicción y de defensa previstos en la ley.

Por otro lado, y sobre la credibilidad del relato de las menores, emitió informe el Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la víctima (f. 161 a 164), que fue debidamente ratificado en el acto del juicio oral por su autores y por tanto sometido al debate contradictorio entre las partes, y en el que se concluye que los relatos efectuados por Lorenza y por Lidia, resultan creíbles. Exponen los técnicos en dicho informe, que ambas menores pertenecen a familias normalizadas, describiendo una vida cotidiana ordenada, con pautas y normas adecuadas a su momento evolutivo. Asimismo destacaron que ambas tienen preservadas sus capacidades cognitivas, de memoria y de conocimiento, adecuadas a su edad, con un correcto desarrollo psico-afectivo, destacando que presentan una muy buena competencia comunicativa, tal y como efectivamente pudo apreciar la Sala tras el visionado de la grabación de la exploración llevada a cabo. Destacaron los técnicos que los hechos denunciados causaron a las menores sorpresa y desconcierto, por cuanto que se encontraban en una etapa de su vida en la cual la sexualidad todavía no forma parte de sus intereses. Aclararon y precisaron que las menores eran testimonios perfectamente válidos, sin detectar en ellas ningún tipo de interés secundario ni presión externa que las pudiera haber llevado a crear un relato cómo el por ellas efectuado. Añadieron en el acto



del plenario, que las mismas eran capaces de mantener la estructura en el mismo, proporcionando detalles, contextualizando la situación, describiendo interacciones e incluso reproduciendo movimientos, por todo lo cual, junto a los indicadores de la herramienta criterial de credibilidad CBCA de DIRECCION002, consideraron que su relato era creíble.

Y en este sentido debemos recordar que la importancia de estos informes periciales se ha subrayado por la jurisprudencia al decir que "cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes (...), la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, víctima de un delito de naturaleza sexual" (STS 31 de enero y 24 de enero de 2005 ; 16 de mayo de 2003; 30 de abril de 2010).

Por otro lado, las declaraciones de las víctimas, vinieron a ser corroboradas, siquiera periféricamente, por las declaraciones testimoniales de Oscar, padre de Lidia y por Camino, madre de Lorenza.

El primero relató que efectivamente el 22 de julio de 2017 se hallaba, junto a su hija Lidia, en las piscinas de la localidad de DIRECCION000 cuando aquella, al atardecer, se dirigió a los vestuarios junto a Lorenza para cambiarse de ropa; que a cabo de un tiempo, salió Lidia muy alterada diciendo que en los vestuarios había un hombre que las increpaba y que les decía que se cambiaran delante de él; le explicó asimismo que se había hecho daño con el portarrollos del aseo, pudiendo apreciar que efectivamente tenía un pequeño corte en la pierna; que Lidia estaba muy alterada; que se dirigió hacia los vestuarios junto con los padres de Lorenza que también se hallaban en el lugar para averiguar lo sucedido, acudiendo también el encargado de las piscinas que cerró la verja existente para impedir que el acusado pudiera marchar.

Y en parecidos términos declaró la testigo Camino, madre de Lorenza, explicando que se hallaban en las piscinas de DIRECCION000, cuando su hija Lorenza y su amiga Lidia, se dirigieron a los vestuarios para cambiarse de ropa, permaneciendo ella en la zona de las mesas allí existente; que al cabo de poco tiempo, salió Lidia corriendo diciendo que se había hecho daño, lo que alarmó, motivo por el cual se dirigió hacia los vestuarios llamando a Lorenza y que la misma no contestaba; que cuando salió le explicó que el acusado quería que le tocara "la tita"; que se lo repitió en dos ocasiones, aclarándole que él le había cogido la mano para que lo tocara, pero que ella no lo hizo.

Es claro que dichos testimonios no vienen sino a corroborar el relato efectuado por las menores, reforzando claramente la veracidad de lo declarado por éstas, siendo testigos de referencia de lo que las menores les contaron inmediatamente de suceder los hechos, lo cual se ha mantenido de forma persistente e invariable en el tiempo, sosteniendo la misma versión de los hechos cuando fueron sometidas a la exploración judicial, pero además testigos directos de lo que ellos mismos observaron en relación al comportamiento, estado de ánimo y reacciones de aquéllas, los cuales por otro lado resultan plenamente coherentes con la situación que las mismas describieron que acaban de sufrir.

Consta asimismo al folio 13 de autos, parte médico emitido en fecha 23 de julio de 2017 por el Institut Català de la Salut, acreditativo de que efectivamente la menor Lidia presentaba erosión a nivel de cadera derecha, lesión totalmente compatible con el relato efectuado por aquella.

Por el contrario, nada aportó al esclarecimiento de los hechos la testifical de Luis Manuel, testigo aportado por la defensa, quien se limitó a manifestar que los vestuarios de las piscinas eran mixtos, y que tras los hechos que son ahora objeto de enjuiciamiento, se han hecho reformas instalando cabinas individuales.

Y es que tal extremo, no ha sido objeto de controversia, por cuanto todos los testigos han reconocido que efectivamente los vestuarios existentes en las piscinas de la localidad eran mixtos en el momento de comisión de los hechos, tal y como también informó el Alcalde en funciones del Ayuntamiento de DIRECCION000 según consta al folio 88 de las actuaciones, aportando incluso el proyecto técnico de los mismos y fotografías, donde se aprecia que los mismos disponen de una zona de bancos para cambiarse, unas duchas sin puertas y un aseo con puerta corredera, y que posteriormente, en el año 2017, el Ayuntamiento encargó a los servicios técnicos la redacción de un documento técnico para la construcción de cuatro vestidores individuales y que, finalizada su construcción, entraron en funcionamiento el 16 de junio de 2018, según consta en el informe obrante al folio 191 de las actuaciones.

Y frente a ello, la alegación de la defensa de que la existencia de vestuarios separados para hombre y mujeres era una demanda del pueblo no atendida, y que la denuncia contra el acusado respondía a un "algo así tenía que



pasar", usando a aquél como "cabeza de turco", es claro que, ante la ausencia de sustrato probatorio alguno al respecto debe entenderse como una mera alegación de parte en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa, sin que este Tribunal haya observado ni en las menores, pero tampoco en los restantes testigos que depusieron en el plenario, ningún indicador que desvirtúe ni enturbie la veracidad de su declaración, efectuando los mismo un relato objetivo, sin adiciones ni exageraciones, ni la introducción de elementos distorsionadores.

Por otro lado, aun siendo mixtos los vestuarios en que tuvieron lugar los hechos, es claro que ello para nada obsta a la calificación de los hechos cometidos por el acusado como constitutivos de un delito de abuso sexual, por cuanto las menores, precisamente para preservar su intimidad entraron en el aseo existente en el vestuario para no ser vistas por terceros, frente a lo cual, el acusado se dirigió a ellas pidiendo que se cambiaran delante de él, para a continuación mostrarle a una de las menores su pene pidiéndole que le efectuara tocamientos, lo cual sin duda integra el delito por el que la Sala entiende debe ser condenado, siendo indiscutible el inequívoco contenido sexual de los actos ejecutados atentando a la indemnidad sexual de aquéllas, aún en grado de tentativa. En modo alguno puede sostenerse, como parece pretender la defensa, que nos hallemos ante algún acto equívoco al hallarse las menores y el acusado en un vestuario compartido para hombres y mujeres, desde el momento en que aquél se dirigió a ellas con frases, proposiciones y comportamiento de contenido claramente sexual, de lo cual, el acusado era plenamente consciente, como lo demuestra el hecho de que el mismo cerrara con pestillo la puerta de los vestuarios, lo que impedía el acceso a los demás usuarios, y que solo se explica a fin de que el mismo pudiera llevar a cabo sus ilícitos propósitos evitando la intromisión de terceros.

Asimismo y llegados a ese punto, es preciso recordar que la tipicidad del delito de abusos sexuales no requiere un contacto físico directo entre el acusado y su víctima. Y así la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la acción de atentar contra la libertad sexual de otro existe también cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse y mostrar sus partes íntimas al agresor, sin precisar de un contacto físico entre autor y víctima (STS de 10 de octubre de 2018). Que la satisfacción sexual se obtenga tocando este el cuerpo de la víctima o contemplándolo es indiferente para integrar lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual, impuesto contra su voluntad o sin su consentimiento libre (STS 29 de diciembre de 2009).

El acusado, al obrar como lo hizo, atentó contra la indemnidad sexual de Lidia y Lorenza , entendida como el derecho de éstas a no verse involucradas en un contexto sexual y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad.

Sin embargo, como la conducta no alcanzó una progresión que permita entender significativamente lesionado ese bien jurídico, por cuanto ciertamente el acusado no logró sus propósitos, pues ni consiguió que las menores se desnudaran ante él, ni tampoco que una de ellas acariciase sus genitales, cesación de sus pretensiones que no deriva de la propia voluntad de aquél sino, antes al contrario, de la oposición de las menores a llevar a cabo tales actos, su conducta deba ser sancionada como delito de abusos sexuales a menores en grado de tentativa.

El conjunto de la prueba practicada conducen a estimar suficientemente acreditada la comisión del acusado de los hechos objeto de acusación, conclusión que no puede ser desvirtuada por las alegaciones efectuadas por su Defensa en fase de informe relativas a las irregularidades producidas en la instrucción de la causa, que entiende deben conducir a su nulidad. Al respecto debe señalarse que la parte introdujo tal pretensión en fase de informe final del plenario, y por tanto, cuando ningún margen de maniobra restaba ya a la acusación para el debate, sin que nada al respecto planteara ni en trámite de Cuestiones Previas ni al elevar a definitivas sus conclusiones, lo que claro es, resulta ya un claro óbice para la estimación de tal pretensión. Y es que al respecto el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 12 de marzo de 2013, ha recordado que " *sin perjuicio del especial status que tiene todo imputado en el proceso penal, su defensa letrada tiene un deber de lealtad procesal que le impide alegar una vulneración de derechos constitucionales cuando previamente no sola ha tenido la oportunidad de alegar y probar lo contrario, sino que expresamente, ha mentado una postura no impugnatoria para luego desdecirse de ella en el trámite de informe final, acabado el debate contradictorio y donde ya no cabe injertar debate alguno ni dar traslado al resto de las partes. Tal actitud constituye, a no dudar, una conducta fraudulenta y como tal no solo carente de apoyo normativo alguno, sino expresamente prohibida en el art. 11 LOPJ : La jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse, en tal sentido y entre las más recientes, SSTC 72/2010 ; 26/2010 y de esta Sala STS 88/2013 y las en ella citadas. Más aún, es preciso recordar que según el art. 733 LECriminal , el informe final es un resumen de las tesis desarrolladas por la parte sin poder introducir cuestiones nuevas*".

No obstante señalar, frente el cuestionamiento efectuado por la parte del auto dictado por el Juzgado de Instrucción por el cual se declaró la complejidad de la causa, que en materia de nulidad de actuaciones, el art. 238, párrafo 3º de la LOPJ, determina que la misma se acordará si se hubiere prescindido absolutamente



de las normas esenciales del procedimiento o se hubieren vulnerado los principios de audiencia, asistencia y defensa, produciéndose una efectiva y material indefensión, estableciendo la jurisprudencia constitucional de forma reiterada que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos (Sent. 366/93, 106/93, 145/90) y también el Tribunal Supremo (Sentencia 10/92, Auto 23-1-95), especificando este último en sentencia de 24 de marzo de 2000 que "conforme a lo que establece el art. 242 de la referida Ley Orgánica, se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones que ese artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos que se recoge en el siguiente art. 243 de la misma Norma Legal (sentencias de 12 de Abril de 1.989, 5 de Noviembre de 1.990 , 8 de Octubre de 1.992 y 28 de Enero de 1.993 "). A la luz de dicha doctrina, la pretensión de nulidad efectuada por la defensa es claro que no puede prosperar, por cuanto no sólo no existe una infracción de normas del procedimiento que efectivamente hayan causado indefensión, como a continuación se expondrá, sino que dicho además dicho Auto así como el auto desestimando el recurso de reforma interpuesto contra él, fue debidamente notificado a la parte, quien pudo y debió, si no estaba conforme con el mismo recurrir en apelación dicha resolución, lo que no consta efectuara, sin que pueda ahora alegar indefensión alguna. Pero es más; es que las diligencias de instrucción que se practicaron tras la declaración de complejidad de la causa, fueron la exploración de las menores y el peritaje psico-social, diligencias que ya habían sido acordadas con anterioridad a dicha resolución, motivo por el cual de conformidad con lo dispuesto en el art. 324.7 de la LECrim. que dispone que solo "*las diligencias de investigación acordadas antes de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos*", aun entendiendo - a efectos meramente dialécticos- que el Auto acordando la declaración de complejidad de la causa no fuera conforme a Derecho, ello no obsta a la validez de tales diligencias en atención a lo expuesto, sin que en consecuencia la Sala aprecie en lo actuado infracción alguna del ordenamiento jurídico que pueda producir indefensión y motivar la nulidad interesada.

Por todo lo expuesto, se estima que existe base probatoria suficiente como para, teniendo por desvirtuada la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, admitir como ciertos los hechos incorporados al relato fáctico que antecede, integrando plenamente la conducta desplegada por el acusado el concepto de atentado contra la libertad e indemnidad sexual ejecutado sobre menores 16 años en grado de tentativa.

TERCERO.- De los hechos declarados probados aparece como responsable, en concepto de autor Apolonio , por su participación directa, material y voluntaria en la ejecución del hecho punible, de conformidad con los artículos 27 y 28 C.P.

CUARTO.- En la ejecución del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal del acusado.

QUINTO.- En cuanto a la individualización de la pena, el art. 183.1 CP, prevé para el supuesto que nos ocupa una pena de prisión de 2 a 6 años. Por su parte el artículo 62 del Código penal, dispone que a los autores de tentativa de delito, se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, en atención al "peligro inherente al intento", y el "grado de ejecución alcanzado". La Sala valora la conducta del acusado como una tentativa acabada a la vista del desarrollo de la ejecución y la actividad criminal desplegada por el mismo, el cual llevó a cabo todos los actos de ejecución que debieron conducir al resultado el cual, si no se produjo, fue solo por la abierta negativa de las menores a acceder a sus pretensiones, motivo por el cual resulta procedente rebajar en un grado la pena prevista para el delito consumado.

Así las cosas, y en aplicación de la regla general del artículo 66.6 del Código Penal, que permite, cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, recorrer la pena en toda su extensión, la Sala valorando la naturaleza de los hechos enjuiciados, las circunstancias en las que se produjeron, el bien jurídico afectado, la reprochabilidad de la acción desplegada y la inexistencia de secuelas propiamente dichas en las menores, estima procedente la imposición de una pena de prisión de 1 año y 3 meses, a la que deberá agregarse la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por imperativo del artículo 56 C.P.

Asimismo se estima procedente imponer al condenado, en atención al peligro que el mismo representa, valorando la naturaleza y circunstancias de los hechos cometidos así como a la corta edad de las víctimas, y la necesidad de preservar la tranquilidad y sosiego que, sin duda, merecen las mismas, la prohibición de aproximación en una distancia no inferior a 100 metros de Lidia y Lorenza , a sus domicilios o cualquier lugar en que aquéllas se encuentren durante el plazo de 3 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el art.192 CP, y en atención a la peligrosidad del autor por los motivos ya expuestos, se impone al condenado la medida de libertad vigilada por un periodo de 2 años, a cumplir tras la pena privativa de libertad impuesta.



SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, en concordancia con los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables del delito o falta. Por tanto, procede condenar al acusado al pago de las costas del presente procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

CONDENAMOS a Apolonio como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales a menores de edad en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 1 año y 3 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse en una distancia no inferior a 100 metros a Lidia y Lorenza, a sus domicilios o cualquier lugar en que aquéllas se encuentren durante el plazo de 3 años.

Asimismo se impone al condenado la medida de libertad vigilada por un periodo de 2 años.

Y todo ello con imposición al condenado del pago de las costas de este procedimiento.

Abónese al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, lo cual será aplicado al cumplimiento de la pena impuesta.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme, al haber contra ella recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya a interponer en el plazo de los diez días siguientes a la última notificación, mediante escrito suscrito por abogado y procurador.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo correspondiente, lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- El/la Magistrado/a Ponente del presente Rollo ha leído y publicado la resolución anterior en audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

La Letrada de la Adm. de Justicia