



AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sección Décima

Rollo nº 34/09

Sumario nº 3/09 del Juzgado de Instrucción nº 18 de Barcelona

SENTENCIA Nº

Ilma. Sra. D^a MONTSERRAT COMAS D'ARGEMIR CENDRA

Ilmo. Sr. D. JOSÉ MARIA PLANCHAT TERUEL

Ilma. Sra. D^a ELISENDA FRANQUET FONT

En Barcelona, a once de junio de dos mil diez.

VISTA en juicio oral y público ante la SECCION DECIMA de esta Audiencia Provincial de Barcelona el presente Sumario por delitos de agresión sexual y de robo en el que se encuentra procesado Alejandro Martínez Singul, con D.N.I. nº nacido el día 1/4/1967 en Barcelona, hijo de Santiago y de Carmen, vecino de Lloret de



Mar (Barcelona), con antecedentes penales, de solvencia no acreditada y en situación de prisión provisional por la presente causa desde el 7/10/2009, defendido por el/la Abogado/a Sr. Pérez Capellades y representado por el/la Procurador/a Sr. Font Escofet, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal.

Ponencia del Ilmo. Sr. D. José M^a Planchat Teruel, que expresa la decisión del Tribunal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente Sumario seguido con el número que consta en el encabezamiento, una vez remitido por el Juzgado de Instrucción a esta Sección, declarado concluso, se decretó la apertura de juicio oral confirmando la conclusión, calificaron la/s parte/s acusadoras, calificó la defensa del/de la procesado/a y fueron convocadas las partes a juicio oral.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación en las personas en grado de tentativa de los arts. 237, 242.1, 16.1 y 62 CP y de un delito de agresión sexual en grado de tentativa del art. 178, 180.3º, 16.1 y 62 CP, concurriendo la agravante de reincidencia cualificada de los arts. 22.8 y 66.5 CP en el segundo de los delitos, solicitando le fuera impuesta al/a la procesado/a como autor/a la/s pena/s de 1 año y 9 meses de prisión por el primer delito y de 5 años y 11 meses de prisión por el segundo, accesorias y costas; con prohibición de aproximarse a Adriana y de comunicar con la misma por 10 años, indemnizándola en 3.000 euros por el daño moral.

TERCERO.- La defensa del procesado interesó la libre absolución por inexistencia de delito.

CUARTO.- En el acto de juicio se practicaron las pruebas de interrogatorio del procesado, examen de testigos y documental con el resultado que obra en el acta levantada.



QUINTO.- En la tramitación y celebración del presente juicio se han observado las prescripciones legales exigidas al efecto.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- El procesado Alejandro Martínez Singul, mayor de edad, previa y ejecutoriamente condenado en Sentencia firme de 3/12/1993 a cinco penas de doce años y un día de reclusión mayor por cinco delitos de robo con violación y de 18 años de reclusión menor por delito de violación, cinco penas de un año de prisión menor por cinco delitos de agresión sexual, dos meses de arresto mayor por cuatro delitos intentados de agresión sexual y cuatro penas de quince días de arresto menor por cuatro faltas de lesiones, penas que extinguió el 20/5/2007, sobre las 13:00 horas del día 1 de octubre de 2009 acudió a las proximidades de la intersección entre las calles Casp y Nàpols de Barcelona donde observó la presencia de la menor Adriana Páino Anguera, a la sazón de doce años de edad, que regresaba en aquellos momentos del colegio.

El procesado la siguió a cierta distancia y al ver que Adriana, tras serle franqueada la entrada por su madre a través del telefonillo, se introducía en el portal del inmueble sito en el número de la segunda de las mencionadas calles entró súbitamente tras de ella. Ambos subieron al ascensor y al preguntarle Adriana a que piso se dirigía el procesado le espetó "date la vuelta que tengo una pistola", lo que así hizo desconcertada y atemorizada la menor girándose y quedando de cara al espejo de la cabina. En esta situación el procesado, con designio de obtener un ilícito enriquecimiento, le repitió "tengo una pistola, dame el dinero que llevas", a lo que Adriana le contestó que no portaba dinero alguno encima. Acto seguido y en idéntica disposición el procesado con miras a satisfacer su apetito sexual le instó en varias ocasiones "bájate los pantalones", agarrándola fuertemente por la cintura con un brazo apostándola contra sí. En este instante se oyó ruido de la puerta principal del inmueble, lo que alertó al procesado quien abandonó de inmediato el ascensor saliendo a la vía pública no sin antes dirigirse a Adriana con un "no digas nada".



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con intimidación en las personas de los arts. 237 y 242.1 del Código Penal y de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 180.3º, también del Código sustantivo, cualificado éste por ser la víctima menor de trece años, ambos injustos en grado de tentativa (art. 16).

SEGUNDO.- Las conclusiones definitivas de la defensa, en consonancia con lo declarado sin inflexión por el procesado, ofrecen claramente la tesis que se opone a la acusatoria y que no es tanto la calificación jurídica sino la participación de aquel en los hechos.

La probanza desplegada, esencialmente la testifical de la denunciante sobre la que más adelante se volverá al tratar el extremo controvertido, demuestra cumplidamente la perpetración de los injustos enunciados.

Dentro de los que atacan la libre determinación sexual es sabido que la diferencia entre el delito de agresión y el abuso es que el acto atentatorio contra la libertad sexual sea cometido con o sin el concurso de violencia o intimidación en uno y otro supuesto. Ataque que en los hechos sometidos a enjuiciamiento se construye por medio de la "vis" intimidatoria, al igual que en el delito de robo. Amedrentar, en uno y otro caso, que en el sentido semántico que proporciona el Diccionario de la R.A.E. significa "infundir miedo, atemorizar"; siendo decisivo, en consecuencia, el efecto coactivo producto de expresiones o de hechos concluyentes (o de ambos a la vez) capaces de producir aquel. Sin olvidar que el repetido efecto posee una enorme carga de subjetividad dado que es la descripción de un estado de ánimo en el sujeto pasivo al referir el miedo que se le infringió y que debe independizarse de meras situaciones de sugestión de uno mismo (en las que la sensación de angustia no procede de la voluntad de otro encaminada a tal fin o de aquellos hechos de contenido equívoco), pero que este Tribunal afirma rotundamente desde aquí que ha tenido lugar en los hechos.

Lo decisivo resulta, en consecuencia, que la capacidad de decisión de la víctima se encuentre vulnerada, impidiendo que pueda transmitir libremente una negativa a



aquello a lo que se ve conminada. El Tribunal Supremo tiene proclamado de nuevo recientemente para con los delitos patrimoniales (consideración general que aquí puede extenderse a aquel injusto que no es de tal naturaleza) que constituye la intimidación "el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido su mantenimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias existentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados, etc.) hay que reconocer si la idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido" (STS de 23 de octubre de 2008).

Este Tribunal no puede por menos que resaltar la enorme coherencia y detalle como, también, valentía y coraje de las manifestaciones de la menor en el plenario (que no son sino la reiteración exacta de cuanto ha referido constantemente), contrastando con lo que en determinadas ocasiones sucede con testigos de corta edad. De ahí que no se ofrezca duda alguna en que la situación buscada por el procesado fuese de la entidad suficiente como para amedrentar a la víctima. En efecto, el discreto seguimiento (que ya le produjo inquietud), la entrada inopinada en el portal (que acrecentó su desconcierto) y la culminación de tales secuencias en el ascensor (habitáculo reducido) donde, a solas, con la notable desproporción física entre ambos tiene lugar la conminación plasmada en las frases proferidas (con referencia arma) y la conducta desplegada (con fuerte agarrón), son elementos que sumados todos ellos no abocan en otra conclusión natural y humana que la finalidad pretendida, y conseguida, de arredrar a la menor.

Esta causación de miedo es obvio que no era un fin en sí mismo sino el instrumento para vencer toda oposición de la niña a los designios del procesado, lucrativo uno y lascivo el otro. La insistencia en reclamar el dinero (acompañada con la mención a la pistola) no puede entenderse de otra manera más que la voluntad decidida de apoderarse de bienes materiales (cuando menos el directamente explicitado -dinero-). El requerimiento tajante y reiterado, acto seguido, a bajarse los pantalones (la víctima estaba en todo momento de espaldas) no responde en modo



alguno a ese ánimo lucrativo en el normal devenir de las cosas sino que, acompañado de agarrón persistente que permitía además el contacto físico, trasluce el afán de desmedido apetito sexual que impulsaba entonces la conducta del procesado.

TERCERO.- De los expresados delitos aparece como responsable en concepto de autor el procesado Alejandro Martínez Singul al haberlos ejecutado personalmente (arts. 27 y 28 CP).

Como queda indicado es la participación del procesado lo opuesto por su defensa a la acusación del Ministerio Fiscal. Es harto frecuente en esta suerte de injustos que destaque en sobremanera la prueba de cargo consistente en el decir de la víctima. Vaya por delante que se encuentra pacífica y uniformemente sentado por la jurisprudencia que no existe en nuestro ordenamiento penal un sistema tasado de valoración de la prueba y abstracción hecha que en la inmensa mayoría de casos puede predicarse el interés directo de aquella en la causa, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo la aptitud de su declaración testifical para enervar la presunción de inocencia, incidiendo en la necesaria y cuidadosa ponderación y valoración crítica del testimonio particularmente en los casos en que concurren circunstancias objetivas o contradicciones que obstaculicen la formación de la convicción, pero reafirmando su valor de prueba válida de cargo hasta en el supuesto de ser la única existente.

Al igual que en la descripción puntual de los hechos, en lo tocante a la identificación del autor destaca primordialmente la consistencia de su testimonio, ya desde las iniciales pesquisas hasta su reconocimiento personal en sede judicial que viene a corroborar con idéntico vigor en el juicio. El Tribunal, que no puede orillar la singular dificultad que de ordinario puede comportar la descripción de unos hechos como los de autos en un acto revestido solemnidad cual es el plenario, no deja tampoco de valorar, como queda antes dicho, que pese a la corta edad de la víctima el rigor de su testimonio ha sido sobresaliente habiendo superado, desbaratándolos con patente entereza, los naturales obstáculos consistentes en la descripción detallada de una experiencia claramente traumática en un escenario como el indicado.

El primer contacto que tiene con las diligencias de identificación es, como así reitera la menor en el acto de juicio y como ratifica también su madre que la



acompañaba, la exhibición de numerosas fotografías de sospechosos arrojando la diligencia resultado positivo.

Conocida es la doctrina de casación que alude al reconocimiento fotográfico como diligencia útil y precisa en los primeros pasos de la investigación (la STS de 16 de noviembre de 2005 reiteraba que "son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación criminal"), como también que el hecho que medie esa identificación fotográfica no invalida ni vicia, por sí solo, el reconocimiento posterior en rueda (vid. SSTS de 19 de febrero y 29 de abril de 1997 y STC nº 205/1998), dado que como sentaba la STS de 1 de diciembre de 2000 "el valor de la prueba de identificación no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese también identificado antes, en fotografías exhibidas por funcionarios policiales en el ámbito de la investigación; práctica que no contamina ni erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral".

Libres tales diligencias de toda mácula de inducción o sugerencia y cumplida la pluralidad de las instantáneas exhibidas, la niña posteriormente identifica al procesado con rotundidad en las ruedas de reconocimiento realizadas en sede judicial. En éstas se ofrece la particularidad, que indudablemente constituye un rotundo acierto de la Sra. Juez de instrucción a los efectos de fiabilidad de la diligencia, que la identificación se produce con el aspecto externo constantemente aseverado por la menor (con gorra y gafas) y se reproduce seguidamente a cara descubierta (folios 106 y 107 –en instantáneas a folios 121 y ss.-). En el acto de juicio vuelve a precisar que debido a haber advertido que le seguía sigilosamente, a verle entrar en el inmueble con él y hasta gracias al espejo del ascensor pudo retener el aspecto y rasgos de su agresor pese a estar en este momento, obligada, de espaldas a él.

La carencia de prueba tasada en el proceso penal no equivale a establecer que la aptitud del testimonio de la víctima es predicado simétrico e indefectible a su suficiencia a los fines de volatilizar la presunción constitucional de inocencia, de igual manera que no cabe establecer ecuación entre el haz de derechos que rodean a la declaración del inculcado (no confesarse culpable, no declarar contra sí mismo,...) y su incerteza o inveracidad intrínseca, pero a la vista de cuanta probanza se ha venido



desgranando este Tribunal ni atisba lagunas en tal testimonio ni alberga ninguna duda de la certeza en descripción de los hechos ni en la identificación del procesado como autor inmediato de los mismos.

Valioso complemento, en este caso periférico, de cuanto arroja la identificación lo constituye el hallazgo de prendas en el domicilio del procesado en la entrada y registro judicialmente autorizada (acta a folios 40 y 41 de autos) coincidentes con aquellas que más llamaron la atención de la menor (muy singularmente la camiseta y gorra), todas ellas amagadas en lugar recóndito como significan los funcionarios policiales que no omiten en su testimonio las evasivas que el encausado les manifestó "in situ".

CUARTO.- Concorre únicamente en el delito intentado de agresión sexual la circunstancia agravante de reincidencia, con carácter cualificado (art. 22.8º CP)

La convergencia de los elementos que precisa este precepto resulta diáfana como se desprende de los antecedentes reseñados en la resultancia que refleja la hoja histórico penal, atendida además la temporalidad de los mismos.

El Ministerio Fiscal interesa asimismo que el Tribunal haga uso de la facultad de incremento de la respuesta sancionadora que autoriza el art. 66.1.5ª CP. Establece este precepto que "cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido".

La presencia incontestable del mínimo de condenas (tres) y de identidad de naturaleza, que serían los presupuestos objetivos, determina que únicamente deba repararse en los criterios valorativos de la norma, esto es, las condenas precedentes y la gravedad del delito actual. En los autos se encuentra testimoniadas las Sentencias condenatoria que en primera instancia dictó esta Audiencia Provincial y la que pronunció en trance de casación el Tribunal Supremo (folios 152 y ss.). El relato de hechos, que es lo que aquí interesa, se mantuvo sin modificación y de su misma lectura se ofrece un común denominador: la totalidad de las niñas atacadas (hasta un



total de diecisiete en dieciséis hechos delictivos) eran menores de entre diez y quince años de edad y el asalto se produce en la entrada de los inmuebles que habitaban (bien en el rellano, bien en el ascensor). El paralelismo personal y espacial con la presente causa resulta palmario, del que no puede negarse su gravedad objetiva.

QUINTO.- Sentado lo anterior, debe tomarse en consideración la forma imperfecta en ambos delitos. Conforme al dictado del artículo 62 del Código Penal "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, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado". Dos son los criterios legales, en consecuencia, para la determinación: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, si bien debe subrayarse que la dicotomía acaso resulte más nominal que de contenido dada su coincidencia pues uno presupone el otro y viceversa. En efecto, el "peligro" (que únicamente cabe poner en relación con la potencial lesión al bien jurídico que se trate) estará siempre en función del grado de ejecución conseguido, el cual a su vez por mucho que en el Texto actual abarque la tentativa a todo el "iter" ejecutivo sin consumación abre la puerta a desglosar la tentativa en acabada (frustración en el Código de 1973) e inacabada.

La doctrina de casación última ha tenido ocasión de volver sobre la cuestión y deslindar esas dos formas de tentativa. Así muy recientemente la STS de 2 de febrero de 2009 establece que "por algún sector doctrinal, se ha entendido necesario recurrir a criterios subjetivos. Desde este punto de vista la tentativa será inacabada cuando el autor no ha ejecutado todavía todo lo que, según su plan, es necesario para la producción del resultado y desde un punto de vista objetivo no existe peligro de que ésta tenga lugar. Por el contrario, la tentativa será acabada cuando el autor durante la ejecución al menos con dolo eventual, puede juzgar que la consecución ya puede producirse sin necesidad de otra actividad de su parte. Mayoritariamente se toma también en cuenta para efectuar la distinción, la teoría de la consideración individualizada que toma en cuenta si el autor ha considerado los actos realizados como para la producción del resultado o no. Así si el autor realiza el acto juzgándolo adecuado por sí para consumar el delito, la tentativa será acabada. No obstante, la STS 166/2004, de 16 de febrero entiende que de acuerdo con nuestros precedentes la



tentativa será acabada según el grado de ejecución realmente alcanzado, es decir, que cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado. Con lo cual se objetivizan los criterios de distinción. Por su parte nuestra Sentencia nº 28/2009, de 23 de enero, entiende que se debe seguir la teoría mixta, dado que el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y que la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito. Y que en aquellos casos en que la acción se condiciona a la intensidad que despliega su autor, o incluso a la reiteración de actos delictivos, de modo que puede detenerse su curso causal por el desistimiento del agente, sea este voluntario con los efectos del art. 16.2 CP, o involuntario, se construye una propia tentativa, que será en tal caso inacabada”.

Este Tribunal considera que en ambos delitos la tentativa es inacabada. En el de robo no existe siquiera aprehensión material de dinero y en el de agresión sexual a la conminación a bajarse los pantalones y al agarrón no sucede ningún otro acto directamente encaminado a la satisfacción sexual de contenido íntegramente impúdico (manoseo, tocamientos, etc.). Es por ello que se opta por la rebaja en dos grados, que en el delito patrimonial (donde no existen circunstancias modificativas) supondrá el establecimiento de la pena en nueve meses de prisión y que en el delito contra la libertad sexual (en el que por mor de la agravante cualificada antes descrita la reducción parte del grado superior al establecido en el art. 180, esto es, de un mínimo de diez años y un día de prisión) la pena se fija en tres años de prisión.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal integra en su petición aquellas prohibiciones que resultan de la relación de los arts. 57 y 48 CP cuya procedencia es patente en la medida que otorga protección añadida a la víctima menor de edad.

SÉPTIMO.- Dispone el art. 58,1º CP que “el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión”.



OCTAVO.- A tenor del art. 116 del Código penal, todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, estimándose adecuada la indemnización postulada por el Ministerio Público. El llamado daño moral es susceptible de resarcimiento que como tiene dicho el Tribunal Supremo fluye de forma natural en cierta suerte de delitos como los que atentan a la libertad sexual.

NOVENO.- La responsabilidad criminal comporta "ope legis" la condena en costas (art. 123 CP).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a ALEJANDRO MARTÍNEZ SINGUL como responsable en concepto de autor de un delito de robo con intimidación en las personas y de un delito de agresión sexual, ambos en grado de tentativa y precedentemente definidos, concurriendo en el último la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia con carácter cualificado, a las penas de NUEVE MESES de prisión con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena **por el primer delito** y a la de TRES AÑOS de prisión con igual accesoria por su tiempo **por el segundo**, así como al pago de las costas procesales; debiendo indemnizar a Adriana por medio de quien ostente su representación legal en la suma de TRES MIL EUROS (3.000 €) por el daño moral, indemnización que devengará el interés legalmente establecido en el art. 576 L.E.C.

Establecemos la prohibición consistente en que ALEJANDRO MARTÍNEZ SINGUL se aproxime a la menor Adriana | cualesquiera que sea el lugar donde se encuentre, así como al domicilio donde resida o a su centro escolar o laboral, así como de comunicar por cualquier medio por término de diez años superior al de duración de las penas impuestas en la presente resolución.



Abónese para el cumplimiento de las penas privativas de libertad el tiempo permanecido en prisión preventiva por esta causa si no se hubiere computado en otra.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes procesales con expresión que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días.

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

E/.

PUBLICACIÓN.- Leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, ha sido publicada la anterior Sentencia el día de la fecha. Doy fe.