



Roj: **SAP B 15854/2021 - ECLI:ES:APB:2021:15854**

Id Cendoj: **08019370032021100473**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **10/12/2021**

Nº de Recurso: **47/2021**

Nº de Resolución: **589/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencia menores**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN MARTINEZ LUNA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM, Barcelona, núm. 3, 31-05-2021 (proc. 198/2017),
SAP B 15854/2021,
AAAP B 21/2022**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 47/2021

Procedencia; JUZGADO DE MENORES Nº 3 DE BARCELONA

(Expediente nº 198/2017)

SENTENCIA Nº 589/2021

Tribunal

D^a Myriam Linage Gómez

D^a Yolanda Rueda Soriano

D^a María Carmen Martínez Luna

En Barcelona, a 10 de diciembre de 2021.

VISTO, en grado de apelación delante de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Barcelona el presente rollo de apelación penal que dimana del expediente nº 198/2017 del Juzgado de Menores nº 3 de Barcelona, seguido por un delito de agresión sexual con acceso carnal via bucal a menor de 16 años y delitos de agresión sexual con penetración con acceso carnal a menor de 16 años en grado de tentativa contra los menores Fernando asistido por el letrado D. JORDI COROMINES COMPANYS, Fulgencio asistido por la letrada ELISA MARTIN GONZALEZ, Gines asistido por el letrado D. PABLO DOMINGO RIU, y contra el menor Íñigo, asistido por el letrado D. DAVID SANS ACUÑA.

Ha intervenido como acusación particular la DGAIA en nombre de la menor Jacinta .

Ha ejercido la acusación pública el Ministerio Fiscal.

Se ha presentado recurso de apelación por la representación de todos los menores y por el Ministerio Fiscal, al que se ha adherido el Letrado de la Generalitat contra la sentencia dictada el 31 de mayo de 2021 por el Magistrado- Juez del Juzgado de Menores nº 3 de Barcelona..

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La sentencia dictada en el hecho probado dice textualmente: "**PRIMERO.** - Queda probado y así se declara que los menores Fernando , (con DNI NUM000 menor de edad, en cuanto nacido el NUM001 del



2001, por tanto de 16 años de edad en el momento de los hechos, estando en aquel entonces bajo la guarda y custodia de sus padres, Martin y Martina), Fulgencio , (con DNI NUM002 , menor de edad en cuanto nacido el NUM003 del 2001, de 16 años de edad en el momento de los hechos, y bajo la guarda y custodia de su madre, Rebeca), Gines (con DNI NUM004 , menor de edad en cuanto nacido el NUM005 del 2000, por tanto con 16 años de edad en el momento de los hechos) y Íñigo (nacido el NUM006 del 2001, por tanto de 16 años de edad en el momento de los hechos y bajo la guarda y custodia de sus padres, Raimundo y Rebeca), sobre las 18:00 horas aproximadamente del día 6 de Mayo del 2017, estaban en el PARQUE000 de la localidad de DIRECCION000 con la menor Jacinta , menor de edad en cuanto que nacida el NUM007 del 2003. En un momento dado decidieron ir los referidos menores expedientados y otros tres que ya han sido objeto de enjuiciamiento separado (habiéndose dictado Sentencia condenatoria por conformidad) y la menor Jacinta , que inicialmente no quería ir, pero accediendo después, a una fábrica abandonada que estaba situada en el polígono industrial de un lado del mismo parque.

SEGUNDO.- Una vez en el interior de la referida fábrica, la menor se retiró junto con uno de los menores ya enjuiciados a una de las habitaciones donde empezaron a intimar, realizándole un felación; tras ello la menor Jacinta quiso marcharse pero el menor Fernando no la dejó, sin que haya quedado acreditado que emplease fuerza o violencia ni cómo se lo impidió exactamente, al tiempo que el referido menor ya enjuiciado pidió a Jacinta que realizase felaciones a todos ellos, por lo que la menor, sintiendo miedo, accedió a realizar una felación a cada uno de los menores expedientados. Queda acreditado que la menor Jacinta presenta dificultades para poder entender las emociones de los otros y sus intenciones, así como para mantener una expresión emocional adecuada a las circunstancias, siendo una menor muy retraída y complaciente, presentando problemática para pedir ayuda, mostrar oposición, disconformidad y desacuerdo y presenta una fuerte necesidad de aceptación por parte de los otros.

TERCERO.- Una vez finalizado el referido acto sexual con todos ellos, algunos de los menores allí presentes quisieron que Jacinta mantuviera relaciones sexuales con penetración, para lo cual la agarraron por los brazos, la quitaron el sujetador e intentaron quitar las mallas que llevaba, rompiéndoselas, sin que consiguieran su objetivo por la resistencia de Jacinta , y sin que haya quedado acreditado que en este concreto acto interviniesen los menores expedientados Fernando , Gines , Íñigo y Fulgencio .

CUARTO.- Transcurrido un tiempo, los menores se marcharon del lugar, dejando sola a Jacinta que salió al exterior, donde al cabo de un rato fue recogida por un taxista que pasaba por allí y mientras decidían hacia dónde la llevaba, la menor observó a un conocido suyo, quedándose con él.

QUINTO.- La menor no sufrió lesión física alguna. Como consecuencia de estos hechos, en confluencia con otras experiencias traumáticas vividas, la menor Jacinta resultó alterada emocionalmente."

La parte dispositiva de la sentencia apelada es la siguiente: " Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Fernando , Fulgencio , Gines , y a Íñigo de un delito de agresión sexual con penetración vaginal a menor de 16 años en grado de tentativa y siete delitos de agresión sexual con acceso carnal (vía bucal) a menor de 16 años consumados y DEBO CONDENAR Y CONDENAR A LOS MISMOS como autores de 7 delitos de abuso sexual con penetración bucal a menor de 16 años consumado del art. 183.1, 3 y 4b del Código penal a la **medida educativa de dos años de internamiento en régimen cerrado (de los que un año y seis meses será de cumplimiento en Centro de menores y seis meses mediante libertad vigilada).**

El internamiento en Centro de menores no se suspende en este momento procesal (conforme a las prescripciones del art. 40 LORPM), sin perjuicio de que, una vez firme esta resolución, se convoque comparecencia para valorar las circunstancias actualizadas de los menores, la reparación de la víctima, y las demás que procedan.

Se impone a los menores Fernando , Fulgencio , Gines , y a Íñigo la medida de prohibición de aproximarse en 100 m y de comunicarse por cualquier medio con Jacinta por plazo de dos años desde la firmeza de la Sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 7.1.i LORPM.

En concepto de **responsabilidad civil** por daños morales los menores y sus respectivos representantes legales indemnizarán conjuntamente entre sí y junto con los demás menores ya condenados por estos hechos, y a través de sus representantes legales (mientras sea menor de edad) a la perjudicada Jacinta en la cuantía de **DIEZ MIL EUROS (10.000 euros)**, más el interés legal que se genere hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el art. 576 LEC."

SEGUNDO.- Admitidos los recursos y de conformidad con lo que establece el artículo 790 de la LECr., no siendo preceptivo el emplazamiento y la comparecencia de las partes se señaló vista para el día 12 de noviembre de 2021 a las 9,30 horas a la que comparecieron las partes, que efectuaron las manifestaciones que estimaron de interés.



Por el tribunal le fue conferida a las partes la palabra para ser oídas sobre la posible nulidad de actuaciones, al constatarse que en el procedimiento se había dictado el 22 de febrero de 2021 sentencia de conformidad respecto de otros menores contra los que se seguía el procedimiento, tras lo cual han quedado las actuaciones vistas para dictar sentencia.

A la vista acudió y fue oído el Equipo Técnico.

TERCERO.- En el presente procedimiento ha sido ponente la magistrada María Carmen Martínez Luna que expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los hechos probados que se recogen en la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha presentado recurso de apelación por la representación del menor Fulgencio que se fundamenta en la falta de enervación de la presunción de inocencia, y en la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los art. 24.1 y 24.2 CE formalizando este motivo por la vía de los art. 5.4 LOPJ, 852 LECrim, e infracción de precepto constitucional del art. 24 CE al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes en su defensa. Se refiere a la valoración de la prueba practicada, a la declaración de la víctima que se practicó mediante prueba preconstituida en el acto del juicio oral, cuestiona la introducción de la testifical como prueba preconstituida, se refiere a la declaración de la víctima, valora la íntegra prueba practicada articula un motivo subsidiario la medida impuesta e importe de responsabilidad civil fijada en sentencia en favor de la víctima, pide la revocación de la resolución recurrida y absolución del recurrente.

El recurso de Gines se fundamenta en los siguientes motivos; en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico derecho de defensa y práctica de la prueba, art. 24 CE, así se refiere al hecho de que en el presente caso no existía imposibilidad de práctica de la prueba de la testigo- víctima. Se invoca infracción de normas del ordenamiento jurídico art. 7.3 LO 5/2000 y 173 CP, cuestiona la idoneidad de la medida impuesta y a la dilatada duración del procedimiento.

Articula prolijo motivo referido al error en la valoración de la prueba que se ha realizado en la sentencia dictada, tras ello solicita la revocación de la resolución recurrida y absolución del recurrente.

El recurso de apelación interpuesto por la representación del menor Íñigo , dedica un previo motivo del recurso a la posible incongruencia entre las sentencias nº 28/2021 de 22 de febrero de 2021 y nº 120/2021 de 31 de mayo, así denuncia la incongruencia entre ambas sentencias en relación a los delitos que han sido objeto de condena, en la sentencia de 22 de febrero de 2021 se dice, se condenó con la conformidad de los expedientados Borja , Carlos y Casimiro como autores de 7 delitos de agresión sexual con acceso carnal (vía bucal) a menor de 16 años, con actuación conjunta de dos o más personas, y en la sentencia que ahora se recurre se condena a los menores como autores de 7 delitos de abuso sexual con penetración bucal a menores de 16 años consumado.

Resalta que en el hecho probado único de la previa sentencia de conformidad se hace mención hasta en tres ocasiones a "los siete menores expedientados" y a "todos los menores expedientados" cuando en ese momento únicamente podría considerarse probada la participación de tres de ellos, los tres menores conformados.

Denuncia una incongruencia en la condena dictada en ambas sentencias que los respectivos apartados de Hechos probados de cada una de ellas no contribuyen a clarificar al condenar en la primera sentencia a 3 expedientados por 7 delitos y en la segunda a 4 expedientados por igual número de delitos (aunque por tipos distintos) cuando lo normal hubiera sido condenar a los tres primeros por tres delitos de agresión sexual, y a los otros cuatro por otros tantos delitos de abuso, haciendo mención en los hechos probados de cada sentencia sólo a los directamente afectados por ellos, de modo, -se continua diciendo por el recurrente- que solo con el solapamiento de ambas sentencias puede quedar perfeccionado el relato de hechos probados de forma íntegra y congruente y sigue diciendo el recurrente que si bien en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia ahora combatida se dice que los condenados deben responder en concepto de coautores, deberían serlo en número de cuatro delitos y no por un total de siete delitos de abusos sexuales si los otros tres expedientados fueron condenados por delitos distintos, denuncia infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE al existir incongruencia entre ambas resoluciones, y que ambas sentencias resultan equívocas, llevan a confusión, y ello enturbia la seguridad jurídica que la cosa juzgada



penal viene llamada a garantizar. Entiende que cuanto menos procedería la subsanación de la sentencia de conformidad.

Denuncia quebrantamiento de las garantías procesales al no describirse concreta conducta en los escritos de acusación referida al menor recurrente y que tampoco en los hechos probados se especifica conducta concreta atribuible al menor.

Efectúa prolijo motivo de recurso referido al error en la apreciación de la prueba.

Denuncia indebida aplicación del art. 109 y s.s. CP en relación con el art. 61 LORPM.

Pide se dicte sentencia de conformidad con lo interesado en el cuerpo de este escrito.

El recurso de Fernando se fundamenta en el error en la valoración de la prueba, se denuncia infracción del principio in dubio pro reo y de la presunción de inocencia, se pide la revocación de la sentencia y absolución del recurrente.

El Ministerio Fiscal recurre por infracción de ley al amparo del art. 849. 1 LECrim por indebida aplicación del art. 182.3 y 4 b) CP en relación con el art. 179 y 180 1 2º CP con aplicación del art 10.2 b) LORPM por tratarse de delitos de máxima gravedad, respecto de los menores acusados, pide que se revoque parcialmente la sentencia y se dicte otra en la que de conformidad con los alegatos del recurrente se condene a los cuatro menores como autores de 7 delitos de agresión sexual con acceso carnal (vía bucal) a menor de 16 años del art. 183.2, 3 y 4 b) CP con aplicación del art. 10.2 b LORPM por tratarse de delitos de máxima gravedad y se les imponga las medidas interesadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones cuyas conclusiones fueron elevadas a definitivas manteniendo el resto de pronunciamientos concernientes a la responsabilidad civil.

Articula un segundo motivo con carácter subsidiario, por infracción de ley al amparo del art. 849. 1 LECrim por inaplicación indebida del art. 10.1 b párrafo segundo LORPM en relación a siete delitos de abuso sexual con penetración bucal a menor de 16 años consumado del art. 183.1, 3 y 4 CP por los que se condena a los cuatro menores en la sentencia y por las razones que dice pide se aplique el art. 10.1 b) párrafo segundo de la LORPM y se imponga la medida educativa de cinco años de internamiento en régimen cerrado y tres años de libertad vigilada con asistencia educativa, manteniendo el resto de pronunciamientos concernientes al apartado de responsabilidad civil.

El Letrado de la Generalitat se ha adherido al recurso del Ministerio Fiscal y ha impugnado el resto de recursos.

Los menores han impugnado el recurso del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Diversos son los motivos de los recursos que se alegan por los recurrentes, pero entendemos que procede iniciar el análisis por la cuestión que se planteó en el acto de la vista ante este Tribunal, la posible nulidad de la sentencia dictada habida cuenta la previa conformidad de tres de los menores expedientados en este procedimiento, habiéndose dictado una sentencia de conformidad que en sus hechos probados afecta a los menores expedientados que han sido condenados por la sentencia que es ahora objeto de recurso.

El Ministerio Fiscal negó la existencia de infracción alguna y se refirió al hecho de que la cuestión no había sido alegada por las partes, por lo que se oponía a la nulidad.

El Letrado de la Generalitat se opuso a la nulidad.

Las defensas de los menores expedientados, informaron en favor de la nulidad de la resolución recurrida en los términos que son de ver en la grabación.

Así las cosas, entendemos que en el presente procedimiento se ha producido infracción de norma que ha generado indefensión a las partes.

Sabido es por este Tribunal que en ocasiones en la jurisdicción de menores se dictan, existiendo varios menores expedientados, previas sentencias de conformidad en la que unos menores se conforman con las pretensiones acusatorias, defiriéndose para un posterior acto de audiencia el enjuiciamiento de las conductas de resto de menores no conformados, práctica conocida, pero que hasta la fecha no había suscitado en este Tribunal la posibilidad de apreciar una nulidad de lo actuado, cuanto menos de la sentencia objeto de recurso en base a dicha circunstancia, - así podríamos relatar un casuismo que justificaría lo anterior, existencia de conductas diferenciadas, no existencia de conexidad entre los hechos imputados a unos u otros, o que cuanto menos, el enjuiciamiento separado de unas y otras no comprometiese el derecho de defensa de las partes-.

No existe justificación en la ley que avale el proceder expuesto, pues también es sabido que en los supuestos en que la acusación se dirige contra varias personas, el hecho de que uno se conforme con la pretensión acusatoria, si el resto de los intervinientes no lo hacen, conlleva el enjuiciamiento conjunto de todos, así son de ver los art. 655, 697 y 787 LECrim, sin perjuicio de que la posición del que "se conforma" o mejor dicho



reconoce los hechos, pueda tener una consecuencia u otra en el juicio que se celebre en el que se practica prueba y en el que se analizan las cuestiones que permiten valorar la prueba practicada, la subsunción de los hechos en los tipos penales de acusaciones y demás extremos que de ordinario se llevan a cabo en el plenario y obtienen su reflejo en la sentencia que se dice. Es cierto que en la ley de Menores no se contempla el supuesto de conformidad cuando se trate de procedimiento seguido contra varios menores expedientados, pero nada indica que pueda ser otro que el trámite previsto para la jurisdicción de mayores, dada la finalidad y razón de ser de la no admisión de conformidades parciales.

Múltiples son los supuestos que pueden darse, pero lo cierto es que al efecto de evitar disfunciones en el supuesto de pluralidad de acusados, con independencia de la conformidad de uno o más, si no existe plena conformidad de todos los acusados, se ha de celebrar el juicio, no apreciamos razón que justifique un proceder distinto en la jurisdicción de menores, pues en ocasiones el enjuiciamiento conjunto aun habiendo reconocido los hechos el que se pretende conformar, puede conllevar que la valoración de la prueba practicada se revele beneficiosa y en su caso aún de ser condenado pueda verse afectado por una diferente calificación de los hechos que resulten probados tras la práctica de la prueba o por otras circunstancias.

Dicho lo anterior, debemos destacar que en el presente procedimiento se han dictado dos sentencias, una primera de conformidad respecto de tres menores y una segunda que ahora es objeto de recurso respecto de los otros cuatro menores expedientados.

Una simple lectura de los escritos de alegaciones de las acusaciones, y de los hechos probados de una y otra sentencia, evidencian la íntima conexidad existente entre los hechos imputados a cada uno de los siete menores expedientados.

Así como dice en su recurso de apelación la representación del menor Íñigo , la primera sentencia de conformidad en el hecho probado se refiere a las acciones de los siete menores expedientados y además hemos constatado, pues obra la sentencia en el procedimiento, que se cita como concreto interviniente en diversas acciones al menor Fernando que fue condenado por la sentencia que ahora es objeto de recurso y que no fue parte de la conformidad que dio lugar a la sentencia de 22 de febrero de 2021 a la que los hechos probados se refieren a dicho menor.

Lo anterior evidencia una conexidad en los hechos objeto de resolución en ambas sentencias que no permitía la ruptura de la continencia de la causa. Entendemos que aun habiéndose conformado varios de los menores expedientados debía haberse celebrado un único acto de audiencia.

A lo que cabe añadir el hecho de que ambas sentencias han sido dictadas por el mismo Juez, lo que nos lleva a plantearnos hasta que punto la imparcialidad del Juez que ha dictado segunda sentencia estaba comprometida, nótese que el dictado de una sentencia de conformidad no exime el análisis que debe llevar a cabo el Juzgador, de un control de legalidad de los hechos, delitos y penas aceptadas por el conformado.

A lo que cabe añadir el detalle, de que en la primera sentencia se condena a los tres menores expedientados como autores de siete delitos de agresión sexual con acceso carnal vía bucal -al margen de los otros delitos objeto de condena-, y la segunda sentencia considera que los hechos probados son constitutivos de siete delitos de abuso sexual con penetración por vía bucal a menor de 16 años de los que deben responder los menores como coautores, es decir esos pronunciamientos, -sin entrar a valorar la diversa calificación jurídica de los hechos que enlaza con lo que antes decíamos, que la celebración del juicio conjunta es precisa pues pese a conformarse algunos, la celebración del juicio puede evidenciar un beneficio para los que pretendían esa conformidad- lo que hacen es patentizar la íntima conexidad en cuanto a los hechos objeto de enjuiciamiento.

Así las cosas, entendemos que ha existido infracción de normas del procedimiento, que han conllevado indefensión a los menores expedientados, no cabe atender al alegato de las acusaciones referido a que dicho defecto no fue denunciado por las partes, pues es de destacar que la defensa del menor Íñigo alude en su recurso a la cuestión, y las partes han sido oídas sobre la cuestión manifestando lo que a su derecho ha convenido, peticionando la defensa de los menores la nulidad de la sentencia.

La infracción se ha generado desde el momento en que se ha roto la continencia de la causa con la previa sentencia de conformidad, y se ha perpetuado cuando el mismo Juez que dictó la sentencia de conformidad ha celebrado la audiencia que ha dado lugar a la sentencia que ahora se recurre, pues por razones evidentes su imparcialidad se encontraba comprometida, cuanto menos por haber admitido una conformidad en cuyos hechos probados se refería a los menores de la segunda sentencia.

Ello conlleva que declaremos la nulidad de esta segunda sentencia, única a la que puede afectar por razones obvias nuestro pronunciamiento. Lo anterior genera un problema procesal que este Tribunal ya no puede resolver, pues excede de la cuestión que nos ha sido planteada, pues es evidente que lo expuesto afecta a terceros que no han sido oídos en esta alzada -los menores que prestaron conformidad y respecto de los



que se dictó sentencia de conformidad- por lo que a la vista de lo resuelto, por el Juez de Menores se deberá acordar lo conducente en derecho al efecto de remediar la infracción de derechos producida que ha conllevado la nulidad de la presente sentencia.

Lo expuesto conlleva la improcedencia de entrar en el análisis del resto de los motivos de los recursos de las partes.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación;

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de los menores Fernando , Fulgencio , Gines y Íñigo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores nº 3 de Barcelona en fecha 31 de mayo de 2021 en el Expediente nº 198/2017, ANULAMOS dicha resolución por el Juez de Menores se deberá acordar lo conducente en derecho al efecto de remediar la infracción de derechos producida que ha conllevado la nulidad de la presente sentencia.

Se DESESTIMA el recurso del Ministerio Fiscal al que se ha adherido el Letrado de la Generalitat .

Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta sentencia, de la cual se unirá una copia al Rollo, la firman las Sras. Magistradas indicados al margen.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha, por la Magistrada Ponente, en audiencia pública. Doy fe.