

## VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO. INADMISIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL CONTRADICTORIA

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

### EXTRACTO

Los escritos de las acusaciones contemplan la acción penal con unos hechos esenciales respetados por el tribunal porque son configuradores del tipo penal, pero la prueba practicada proporciona al tribunal el *factum* indicado, el objeto del juicio, los hechos definitivos considerados por el tribunal. Cuando no hay violencia o intimidación y el componente sexual es fugaz o sorpresivo, adquiere más relevancia la dignidad de la persona que la indemnidad sexual.

**Palabras clave:** principio acusatorio, prueba de credibilidad y abusos sexuales.

---

*Fecha de entrada: 12-02-2017 / Fecha de aceptación: 23-02-2017*

## **ENUNCIADO**

Una persona, con ánimo libidinoso, llama reiteradas veces por teléfono, incluso utiliza las redes sociales para contactar una con menor 14 años. Dichos contactos tienen lugar entre octubre de 2014 y diciembre del mismo año. Consigue quedar con la menor, Elena. Se encuentran, una sola vez, a finales del año descrito, en el portal de su casa. Cuando estaban subiendo por las escaleras, sorpresivamente, el hombre mayor le toca el trasero, la agarra y pretende darle un beso en los labios; le toca también un seno por encima de la ropa. La menor se suelta inmediatamente, huyendo a la carrera.

El 20 de julio de 2015 se celebra el juicio, y el hombre mayor resulta condenado por delito de abusos sexuales básico del artículo 183.3 del CP; sin embargo, la defensa había solicitado la absolucón porque considera que los hechos, en todo caso, serían constitutivos de una vejación leve, impune al haber sido derogada la falta del artículo 620.2 del CP.

Los fundamentos de la condena se producen a través del material probatorio consistente en: las declaraciones del acusado y de la víctima, así como el historial de datos extraídos de las redes sociales. Se tuvo en cuenta, además, la pericia de credibilidad realizada por la menor, rechazándose otra consistente en la credibilidad del condenado, solicitada en tiempo y forma por su defensa. Además, el tribunal introdujo en los hechos probados algunas precisiones fácticas ajenas a los escritos de acusación. En los hechos probados no constan algunas de las afirmaciones fácticas de las acusaciones en sus escritos, por tal motivo, la defensa recurre por infracción del principio acusatorio. También incluye en su escrito no haber tenido en cuenta otros mensajes hallados en el móvil del condenado. Solicita quebrantamiento de forma del artículo 850.1 de la LECrim., por la indebida inadmisión de la prueba pericial solicitada sobre la credibilidad de su defendido, pues el abogado considera que el grado de verosimilitud de la víctima es cuestionable y debería contrastarse con la su defendido en igualdad de condiciones.

### *Cuestiones planteadas:*

- a) ¿Hay vulneración del principio acusatorio?
- b) ¿Se ha quebrantado el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la inadmisión de la prueba pericial?
- c) ¿La condena por un delito del artículo 183.3 del Código Penal es correcta?

## SOLUCIÓN

### a) ¿Hay vulneración del principio acusatorio?

La pregunta nos hace estudiar la naturaleza del principio acusatorio en dos vertientes: de un lado, el fiscal y la acusación particular no han incluido en la relación de hechos objeto de acusación algunos de los constatados en los hechos probados de la sentencia; por otro lado, el acervo probatorio, a juicio del defensor, incumple las exigencias del principio invocado porque en el acervo probatorio no se contemplan datos fácticos que se deducen de las escuchas de los mensajes del móvil, al margen de otros contactos derivados del uso de las redes sociales, estos sí tenidos en cuenta por el tribunal.

Con respecto a la primera cuestión, circunscrita a hechos de las acusaciones y hechos de la sentencia, el Tribunal Supremo viene reiterando que lo importante a estos efectos es que «el hecho objeto del juicio y de la sentencia coincidan con el contenido material de la acción penal»; o lo que es igual, la sentencia es un *factum*. Los escritos de las acusaciones contemplan la acción penal con unos hechos esenciales respetados por el tribunal porque son configuradores del tipo penal, pero la prueba practicada proporciona al tribunal el *factum* indicado, el objeto del juicio, los hechos definitivos considerados por el tribunal. Y esto no quiere decir que no haya relación entre los escritos y la sentencia, ni que el principio acusatorio haya sido vulnerado. El tribunal se encuentra vinculado por los elementos esenciales de la acusación, y el delito por el que condena no puede ser más grave que el que haya sido objeto de las acusaciones. La homogeneidad delictiva es predicable del principio acusatorio, y constituye su esencia. No se produce, por consiguiente, vulneración alguna porque la condena es homogénea y porque los elementos esenciales están presentes en la sentencia para tipificar el hecho punible. La introducción de nuevos elementos fácticos deducidos de la prueba, incluso la supresión de algunos por considerarlos no probados, es algo ajeno al principio acusatorio. El recurso, entonces, sería rechazado por este motivo.

En cuanto a la segunda acepción de la vulneración del principio acusatorio, concretada en no haber tenido en cuenta otros mensajes del móvil para valorar la prueba, el error del recurrente es evidente. Dicho lo anterior, concretado el fundamento del principio acusatorio más en la homogeneidad delictiva y en la naturaleza del objeto del proceso, no circunscrito a los hechos del escrito de calificación sino al *factum* deducido de la prueba, ¿qué sentido tiene invocar este principio por no haber valorado otras pruebas distintas a las indicadas en el caso, esto es, las declaraciones del acusado y de la víctima, así como el historial de datos extraídos de las redes sociales y la pericia de la credibilidad realizada por la menor? Los tribunales de justicia pueden valorar la prueba según su prudente arbitrio, apreciando en conciencia la practicada, proporcionando valor, o no, a unas u otras. Hay un claro error de planteamiento en la defensa al recurrir, pues confunde la presunción de inocencia con la vulneración del principio acusatorio. Efectivamente, la defensa pretende invalidar las demás pruebas con base en la que no ha sido tenida en cuenta, pero ocurre que la valoración del tribunal, salvo que sea arbitraria e ilógica, en contra de las más elementales reglas de la experiencia, no permite su revisión porque no ha sido infundada y se apoya en otras

consideraciones de mayor crédito y plurales. El recurso, en consecuencia, estaría mal planteado y el tribunal lo resolvería desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

## **b) Conforme a la segunda cuestión, ¿se ha quebrantado el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la inadmisión de la prueba pericial?**

Detrás de esta pregunta se esconde otra: si se practica la prueba pericial sobre la menor de 14 años, ¿no tiene derecho el acusado que sobre él se practique la contraprueba de su credibilidad para mantener el equilibrio de la igualdad de armas procesales? Se trata, por tanto, de la conveniencia o no de la contrapericia. A la menor se le practicó por psicólogos la prueba de credibilidad, y a la persona mayor acusada, no.

Nos dice el caso: «Su recurso incluye la indebida inadmisión de la prueba pericial solicitada sobre la credibilidad de su defendido, pues el abogado de la defensa considera que el grado de verosimilitud de la víctima es cuestionable y debería contrastarse con la de su defendido en igualdad de condiciones».

Vaya por adelantado que el perito es un mero auxiliar de la función jurisdiccional. Su dictamen está sometido a la contradicción y al juicio relevante o no del tribunal sobre sus consideraciones. Las conclusiones de certeza de los peritos en esta materia no pueden desplazar la facultad jurisdiccional de determinar si concurren o no los elementos del tipo para determinar la autoría o no del hecho por el acusado. En otras palabras, el perito aporta conocimientos de que carece el tribunal, del tipo que sea. Toda pericia aporta conocimientos científicos o artísticos que ayudan al tribunal, y no es solo lo que diga un perito en sus conclusiones acerca de la credibilidad de un testimonio, sino el conjunto del material probatorio. Por consiguiente, a esta cuestión y desde esta perspectiva se contesta diciendo: si la defensa basa toda su fuerza argumentativa en la pericia se equivoca, porque el Tribunal ha tenido en cuenta muchas otras pruebas. Puede que le asistiera la razón si la única hubiera sido el dictamen de credibilidad, pero el caso ilustra sobre otras diligencias sobre las cuales se debatió en el juicio.

Otra razón válida para rechazar igualmente la prueba pedida radica en la falta de paralelismo entre el caso de la menor y el del condenado. A saber: la edad es determinante. Cuando de menores se trata, la prueba busca una exploración, por su falta de madurez, que ofrezca garantías procesales a la declaración. La intervención de expertos en los procesos de esta naturaleza tiene su razón en proteger a los menores. Y cuando el menor es muy menor –permítase la expresión–, entonces a lo mejor no estamos hablando de una declaración por exploración a través de psicólogos expertos, sino de una pericial psicológica sobre veracidad precisamente por su desarrollo incipiente. O sea, bien la declaración por exploración, bien la prueba de credibilidad, en ambos casos la edad es determinante de esta forma singular de practicar una prueba. Se supone que, por esa misma edad, el condenado no puede invocar el paralelismo, ni, por tanto, exigir la misma prueba para él. No es pertinente ni necesaria. Pedir una prueba de esta naturaleza para un mayor de edad conlleva reconocer alguna patología que afecte a su verdad, lo que ha sido interpretado

por el Tribunal Supremo en el sentido de aceptar un dictamen psiquiátrico sobre la capacidad de su culpabilidad y no sobre su credibilidad.

Y siendo cierto lo anterior, también condicionaría esta prueba el derecho que tiene el acusado a mentir en su declaración. A él no se exige decir verdad, resultando, además, que su confesión tiene un relativo valor como prueba de cargo, diríase también de descargo.

### c) ¿La condena por un delito del artículo 183.3 del Código Penal es correcta?

Un dato esencial para resolver el enigma de esta pregunta: el 20 de julio de 2015 se celebra el juicio.

Se trata de saber aquí si la condena es correcta. El actual artículo 183.3 sanciona: «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de 16 años será castigado como responsable de abuso sexual». Este texto actual entró en vigor el 1 de julio de 2015 y los hechos son anteriores a esta fecha (entre octubre y diciembre de 2014). Dejando aparte la consideración de la pena más favorable, por el mero hecho de aplicarse un delito a una menor de 14 años, cuando antes de la reforma eran 13 los años de referencia, ya hemos de considerar inapropiado ese artículo y, en todo caso, nos deberíamos fijar en la literalidad del precepto 181.1 del CP, no afectado por la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Por tanto, deducimos que la condena es inadecuada; la tipificación es inadecuada. Los hechos podrían incluirse en el artículo precitado que nos dice: «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 dieciocho a veinticuatro meses». Ahora bien, la conducta del condenado nos obliga a analizar los ataques contra la indemnidad sexual y aquellos que afectan a la intimidad de la persona menor. El artículo 181.1 incluye dentro de los elementos del tipo el ataque, sin violencia ni intimidación, a la libertad o indemnidad. El caso no nos describe muy al detalle cómo tiene lugar la acción, simplemente nos dice: «Se encuentran, una sola vez, a finales del año descrito, en el portal de su casa. Cuando estaban subiendo por las escaleras, sorpresivamente, el hombre mayor le toca el trasero, la agarra y pretende darle un beso en los labios; le toca también un seno por encima de la ropa. La menor se suelta inmediatamente, huyendo a la carrera». La jurisprudencia contempla la posibilidad de que determinados actos leves o menores ofendan bienes jurídicos distintos a la indemnidad sexual o a la libertad.

Cuando no hay violencia o intimidación y el componente sexual es fugaz o sorpresivo, adquiere más relevancia la dignidad de la persona que la indemnidad sexual. Este tipo de conductas son coactivas y centran el núcleo del reproche social en la coacción que representa para el sujeto pasivo el acto compulsivo. Son casos excepcionales, donde la intensidad y la reiteración se tienen en cuenta. El comportamiento del condenado ofende la dignidad de la menor y los dos tocamientos producidos tienen lugar por encima de la ropa. No sería descartable ubicar la conducta del condenado en las antiguas faltas de coacciones o vejaciones de carácter leve (art. 620.2 CP, ya derogado). Si aplicáramos al hecho el tipo penal equivalente actual, lo hallaríamos en el artículo

172.3 del CP, dentro del capítulo III, del título II, «De las coacciones»: «Fuera de los casos anteriores, el que causa a otro una coacción de carácter leve». En fin, se trata sobre todo de ilustrar acerca de la posibilidad de incardinar estas conductas leves dentro de las coacciones y no en los delitos contra la libertad o indemnidad sexual, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo: «Las vejaciones que consisten en acciones ofensivas sobre la víctima, como la presente, comportan también un contenido coactivo».

*Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 172.3, 181.1, 183.3 y 620.2.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882, arts. 850.1.
- SSTS 949/2005, 883/2009, 691/2015, 693/2015, 713/2015, 841/2015 y 43/2016.