

Garantía del principio de contradicción ante la imposibilidad de declarar la víctima de delito contra la indemnidad sexual

Carina Martí Ferrer

Resumen: Uno de los problemas fundamentales que se genera en este tipo delictivo es el referente al contenido de las pruebas y las dificultades de la misma atendiendo al hecho en sí mismo considerado, primero por la víctima y sus circunstancias personales, menor, persona discapacitada... y dependencia con el autor en muchos casos, y segundo por la intimidad en la que se ejerce la conducta. Por tanto, es relevante fijar las directrices para poder probar la conducta delictiva, respetando en todo caso los derechos y garantías procesales tanto del juicio como de la persona del presuntamente agresor.

ÍNDICE

[I.- INTRODUCCION](#)

[II.-DILIGENCIAS PROBATORIAS PARA OBTENER UNA SENTENCIA CONDENATORIA Y QUE NO SE VULNERE EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL ACUSADO](#)

[III.-¿ES PRECEPTIVA LA DECLARACIÓN DE LA VICTIMA MENOR DE EDAD O DISCAPACITADA EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL?. GARANTIA DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCION](#)

[IV.- CONTINUIDAD DELICTIVA O UNICO DELITO, \(TEORIA DE UNIDAD DE ACCIÓN\)](#)

[BIBLIOGRAFIA](#)

INTRODUCCION

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, están tipificados en nuestro Código Penal desde los inicios de la regulación normativa, ya en el C.P. de 1848, si bien en su momento se regulaban con el epígrafe de “Delitos contra la Honestidad”, y cuya normativa ha sido modificada con las posteriores reformas de nuestro Código Penal, adaptándolo a la realidad social y la alarma social que supone la realización de dichas conductas. De tal suerte que se vió la necesidad de catalogar dicho epígrafe en relación al bien jurídico que se intenta proteger, por lo que a partir de la L.O. 11/1999, se regula en el Título VIII, del Libro II, bajo el epígrafe de “**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL**”.

El bien jurídico protegido es la libertad de toda persona de ejercer su sexualidad con tres premisas básicas, cuándo, cómo y con quién quiera. Pero en las modificaciones sucesivas, se engloba, asimismo, las conductas cuya víctima es especialmente vulnerable, por su edad, capacidad psíquica, relación de dependencia con el agresor,... garantizando el derecho de todo menor de edad o persona discapacitada no sólo a su libertad sexual, sino a su indemnidad sexual.

Diferentes corrientes doctrinales, definen indemnidad sexual como el **derecho a que la persona no sufra interferencia en la formación de su propia sexualidad**. La violación de este derecho hace que afecte de forma psíquica al desarrollo y tomen como correctos actos que no lo son.

En cuanto a la definición **técnica de "indemnidad sexual"**: *Manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida.*

Por tanto, cuando estos delitos afectan a menores o incapaces, que todavía **no han desarrollado su propia personalidad sexual**, se habla de indemnidad sexual. No se puede hablar de libertad sexual, ya que no disponen aún de la determinación necesaria sobre su vida sexual.

El término **libertad sexual** se acondiciona más a los delitos sexuales contra personas mayores de edad o contra los que se considera que han llegado al pleno desarrollo de su personalidad sexual.

Algunos **delitos que atentan contra la indemnidad sexual**:

- Delito de abuso sexual, art. 181 C.P.
- Delito de exhibicionismo, art. 185 C.P.
- Delito de prostitución de menores, art. 188 C.P

Uno de los problemas fundamentales que se genera en este tipo delictivo es el referente al contenido de las pruebas y las dificultades de la misma atendiendo al hecho en sí mismo considerado, primero por la víctima y sus circunstancias personales, menor, persona discapacitada... y dependencia con el autor en muchos casos, y segundo por la intimidad en la que se ejerce la conducta. Por tanto, es relevante fijar las directrices para poder probar la conducta delictiva, respetando en todo caso los derechos y garantías procesales tanto del juicio como de la persona del presuntamente agresor.

Hemos de recordar, que la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción. En tal sentido se pronuncia la STS 853/2014 de 10 de Diciembre.

En el mismo sentido, en la STS nº 147/2017, de 8 de marzo, se afirma que "El bien jurídico protegido se fija por la Jurisprudencia en la denominada indemnidad sexual. Se recuerda así en la STS 54/2016, que el móvil del autor, singularmente el denominado ánimo libidinosos, resulta excluido como elemento del tipo".

Basta por lo tanto, con el dolo genérico, para cuya existencia, en lo que aquí interesa, es suficiente con constatar que el autor conoce el significado sexual de su comportamiento.

Aunque esta clase de actos vienen generalmente acompañados del ánimo libidinoso, éste no es un elemento del tipo, por lo que no es preciso que conste en el relato de hechos probados.

En el presente artículo analizaremos la Jurisprudencia relativa a si es obligatorio la declaración de la víctima en el acto del juicio oral y si en caso de no comparecer vulnera garantía constitucional, haciendo referencia al delito continuado o si nos encontramos ante un supuesto de unidad de acción en el delito de abusos sexuales.

II.-DILIGENCIAS PROBATORIAS PARA OBTENER UNA SENTENCIA CONDENATORIA Y QUE NO SE VULNERE EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL ACUSADO

La doctrina y la Jurisprudencia son conscientes de las dificultades probatorias de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores, por cuanto se trata de acciones de inequívoco significado lascivo que se ejecutan sobre menores cuyo silencio, facilitado por la falta de conciencia del sujeto pasivo acerca de su propia victimización, se logra mediante un mensaje coactivo que, en no pocas ocasiones, logra asegurar la impunidad. Ese hecho constituye un perturbador punto de partida al que se enfrenta cualquier órgano jurisdiccional que asume el desafío intelectual de exteriorizar las razones por las que considera al acusado autor de un delito de esa naturaleza. La necesidad de evitar que el proceso penal se convierta para el menor en el angustioso marco de evocación de las agresiones padecidas, suma otro elemento añadido de dificultad.

Pese a todo, es evidente que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no puede debilitar el cuadro de sus garantías en función de los obstáculos probatorios inherentes a la naturaleza del proceso. Ni la edad de la víctima, ni sus dificultades para recordar episodios que han impactado en su formación integral, pueden convertirse en una excusa para erosionar el canon de suficiencia incriminatoria que viene impuesto por el contenido material del derecho a la presunción de inocencia proclamado por el art. 24.2 de la CE .

La Sala del Tribunal Supremo, en el Recurso de casación, debe examinar la garantía del derecho a la presunción de inocencia, declarando que su control no puede limitarse a constatar - STS 190/2015, 6 de abril , con cita de la STS 49/2008, 25 de febrero - la coherencia del *factum* en su dimensión exclusivamente formal, en lo que tiene de narración, más o menos certera, de un suceso histórico sino que ha de extender su conocimiento al grado de racionalidad que ese juicio histórico presenta frente al resultado material de la prueba practicada.

El control del respeto al derecho a la presunción de inocencia autoriza a la Sala a valorar, la existencia de prueba de cargo adecuada y su suficiencia. Se considera que la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio.

Se ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas.

Sólo podemos avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes (cfr. SSTs 514/2015, 2 de septiembre ; 1125/2010 , 15 de diciembre ; 1014/2010, 11 de noviembre y 985/2010, 3 de noviembre , entre otras).

II.-¿ES PRECEPTIVA LA DECLARACIÓN DE LA VICTIMA MENOR DE EDAD O DISCAPACITADA EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL?. GARANTIA DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCION

Efectivamente, el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3 ; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 ; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3 , o 174/2011, de 7 de noviembre , FJ 3); aunque la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente

justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal.

Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, "dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente

relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales **es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado**" (STC 75/2013, de 8 de junio).

Así, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 56/2010, de 4 de octubre , precisa que **la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial** (que en todo caso tiene la consideración de excepción al criterio general de que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral) se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos:

- a) materiales, la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral.
- b) subjetivos, la necesaria intervención del Juez de instrucción.
- c) objetivos, que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo
- d) formales, la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECr , o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador.

Criterio seguido por la Sala del Tribunal Supremo, sentencia 375/2012, de 14 de mayo.

Ello es así, porque como indica la STS 754/2016, 13 de octubre, "la vigencia del principio de contradicción representa un principio estructural en el proceso penal. Con él se posibilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa, no siendo incluso ajeno a una genuina dimensión ética del ejercicio de la actividad jurisdiccional. Su significado ha sido enfatizado por la jurisprudencia constitucional, que afirma que la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las 'reglas esenciales del desarrollo del proceso' (SSTC 41/1997 , 218/1997, de 4 de diciembre , 138/1999, de 22 de julio , y 91/2000 , sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: 'el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos' (STC 144/1997, de 15 de septiembre)" (SSTC 12/2006, de 16 de enero, FJ 3 ; 93/2005, de 18 de abril, FJ 3 ; y 143/2001, de 18 de junio , FJ 3).

No obstante, la STS 492/2016, de 8 de junio recuerda que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a

una actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre , F J 4, que considera cumplida la exigencia cuando la declaración sumarial del coimputado que incriminaba al acusado fue prestada antes de que éste se personara en la causa debido a que se encontraba huido; o cuando el acusado se encontraba en rebeldía, STC 115/1998 ; o cuando las declaraciones han sido prestadas en una instrucción sumarial declarada secreta, STC 174/2001).

En este sentido, se ha precisado que la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 LECrim., se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC94/2002 y STC 148/2005). Esta doctrina del Tribunal Constitucional parece haber sido matizada, aunque no expresamente, en su STC núm. 134/2010 , en la que se admite el valor probatorio de la declaración cuando la ausencia de contradicción efectiva sea imputable al propio acusado o a su defensa.

La STS 357/2014, de 16 de abril, advertía de que el problema de la falta de contradicción no se resuelve mediante rígidas reglas de prohibición de valoración sino sopesando las exigencias de equidad que justifican el aprovechamiento mayor o menor de la información testifical obtenida en las fases previas. Los déficits contradictorios en la producción de la fuente de prueba se pueden compensar aplicando estándares más cautelosos en la valoración de la prueba.

El problema se desplaza de la admisión del medio de prueba a su valoración. Ello en directa alusión a la jurisprudencia del TEDH, establecida por sentencia de Gran Sala, en el caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* , de 15 de diciembre de 2011, que establece los principios que conviene aplicar en aquellos procesos donde el tribunal admite como prueba las declaraciones anteriores de un testigo de cargo que no comparece en la vista; criterios desde los cuales, incluida su evolución ulterior, debe ser interpretada la normativa y jurisprudencia hasta ahora citada (art. 10.2 CE), especialmente cuando la declaración previa de un testigo ausente en la vista, que no ha sido objeto de interrogatorio por la defensa, deviene en la única prueba o la prueba determinante de la culpabilidad del acusado.

Igualmente, el criterio general de la jurisprudencia del TEDH, tal como expone el § 38 en el caso de *Gani c. España* , de 19 de febrero de 2013 , es que todas las pruebas se deben practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados.

Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver *Unterpertinger c. Austria* , 24 de noviembre de 1986, § 31).

La doctrina expuesta en los antecedentes, es la que debe tenerse en cuenta cuando la víctima es menor de edad y muy especialmente si se trata de delitos sexuales.

Así la STC 57/2013, de 11 de marzo, que reitera los principios sentados en la 174/2011, de 7 de noviembre, dispone:

“El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que **"en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado** (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3 ; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5 ; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 ; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 ; y 1/2006, de 16 de enero , FFJJ 3 y 4)". Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto "frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como 'una auténtica ordalía'; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento”.

Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso *P.S. contra Alemania* ; 2 de julio de 2002, caso *S.N. contra Suecia* ; 10 de noviembre de 2005, caso *Bocos- Cuesta contra Holanda* ; 24 de abril de 2007, caso *W . contra Finlandia* ; 10 de mayo de 2007, caso *A.H. contra Finlandia* ; 27 de junio de 2009, caso *A.L. contra Finlandia* ; 7 de julio de 2009, caso *D. contra Finlandia* ; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia*)".

En atención al interés del menor, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha admitido que "en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, **resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada**". Y en interés del acusado que ve así modificada la forma en que puede ejercer su derecho de contradicción, añadimos: "tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral".

E igualmente, es jurisprudencia de la Sala Segunda (STS 415/2017, de 8 de junio) que "cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección,

generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el Juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el Juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La ley (artículo 433 de la LECrim) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado.

De forma que la exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esa grabación".

Dicha Doctrina va en consonancia en aquella en la que ante la imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, por lo que se incluye en dichos supuestos a los menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores.

Por tanto, cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos.

La normativa europea, a través de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito* (que sustituyó la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, a cuya eficacia, incluso *propter legem*, obedecía la sentencia *Puppino* del TJUE), cuyo art. 24.1.a) establece que en las investigaciones penales, cuando las víctimas sean menores: *“Los Estados miembros garantizarán que todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales”*.

Si bien precisaba que las normas procesales de estas grabaciones audiovisuales y el uso de las mismas se determinarán en el Derecho nacional; a cuya previsión obedece la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establecidas en su Disposición Final primera; lo que determina que los arts. 433, 448 , 707 y 730 LECr , en la redacción vigente otorgada por esta Ley 4/2015, deben ser interpretados desde el fundamento y finalidad del art. 24 de la Directiva.

En consecuencia, el Tribunal admite que, en los procedimientos penales relativos a la violencia sexual, se adopten determinadas medidas para proteger a la víctima, siempre que dichas medidas puedan conciliarse con un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos de la defensa (Aigner , art. 37; Rosin c. Estonia, art. 26540/08 § 53, 19 de diciembre de 2013; y Luèiæ c. Croacia, art.5699/11, § 75, 27 de febrero de 2013). Ello subraya la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos del acusado y los derechos del menor presentado como víctima. Para garantizar los derechos de la defensa, las autoridades judiciales pueden ser llamadas a adoptar medidas que compensen los obstáculos a la defensa (A. S. c. Finlandia, Nº 40156/07, § 55, 28 de septiembre de 2010).

En este asunto de Przydzial c. Polonia, el Tribunal Europeo, consideró justificada por una razón grave, la ausencia en la vista de una víctima de violencia sexual, menor de edad de 14 años que en la investigación preliminar, había sido oída en tres ocasiones por los investigadores y una por la autoridad judicial, aunque la defensa no fue informada de que las audiencias se llevarían a cabo. La víctima no asistió a la vista, pues resultaba de los informes médicos que corría el riesgo de perjudicar a su salud, lo que fue verificado por el Tribunal.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha pronunciado al respecto, señalando que se califique o no de preconstituída la prueba de interrogatorio de la víctima menor de edad, lo que debe analizarse es si dicha prueba fue contradictoriamente practicada, en cuyo caso no medió conculcación del derecho a un juicio justo.

De conformidad con esta jurisprudencia, el examen de la compatibilidad del art. 6.1 y 3 d) del Convenio, con un proceso donde las declaraciones de un testigo que no ha sido interrogado por la defensa durante el proceso, son utilizados como prueba, exige una triple comprobación:

- 1). Si había un motivo justificado, una razón seria, *para la no comparecencia del testigo en la vista y, por tanto, para la admisión como prueba de su testimonio en fase sumarial*
- 2). Si el testimonio del testigo ausente fue el fundamento único o determinante para la condena; y
- 3). Si había elementos de compensación, principalmente *sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa* como resultado de la admisión de tales pruebas y asegurar así la equidad del procedimiento en su conjunto.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, estimando que no media indefensión, ni quebranto al derecho a un proceso contra todas las garantías, la ausencia de los menores en la vista, aunque fuere la prueba determinante si se encontraba justificada, médicamente informada y aconsejada; valorándose otras circunstancias que palién el déficit que pudiera suponer para la defensa que los menores no fueran explorados en el plenario como son: la intervención efectiva y participativa de la defensa en exploración practicada ante el Juez de Instrucción, asistencia del acusado e incluso de peritos de la defensa, la grabación de la misma, su visionado en la vista y los múltiples elementos de corroboración de los testimonios de cargo allí emitidos.

De modo que en dichas circunstancias no media indefensión, ni quebranto al derecho a un proceso contra todas las garantías.

IV.- CONTINUIDAD DELICTIVA O UNICO DELITO, (TEORIA DE UNIDAD DE ACCIÓN)

Es importante determinar, a los efectos de calificar los hechos y por tanto, la pena a imponer, cuando nos encontramos ante un supuesto de delito continuado o por el contrario, los diferentes hechos típicos constituyen un único acto, a pesar de transcurrir en episodios distintos.

La evolución reseñada en la STS 889/2014 resalta como la teoría, hoy mayoritaria, que entiende que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, *exige manejar consideraciones normativas*, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración pre-jurídica.

El enunciado de los requisitos de la unidad, que excluye la continuidad que indica la STS de 25 de junio de 1983, son:

a) desde el punto de vista subjetivo, que concurra **un único acto de voluntad** encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva.

b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén **vinculados espacial y temporalmente**, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única.

c) y, desde la óptica normativa, que se dé la **identificación en la tipología delictiva**.

En otras resoluciones se ha pretendido diferenciar los conceptos de unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado (STS nº 165/2016, de 2 de marzo). Se hace referencia a la unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico (propinar un solo puñetazo). En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio- normativa se consideran como una sola acción (propinar una paliza integrada por varios puñetazos, que integra un solo delito de lesiones).

La jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal (especialmente en ciertos casos de delitos de falsedad documental y también contra la libertad sexual). En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente y de intrusismo, entre otros). Pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios

actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario.

Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 del C. Penal , se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido por tanto el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos.

Por tanto, atendiendo a los episodios ocurridos, circunstancias anteriores y coetáneas, idénticas situaciones... podemos calificar los hechos como un único delito o por el contrario apreciar la continuidad delictiva de la acción.

BIBLIOGRAFIA

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMINIDAD SEXUAL. José Miguel de la Rosa Cortina Fiscal. Doctor en Derecho.

CUGAT MAURI, Miriam **“Los abusos sexuales: reordenación y reformulación de las modalidades típicas”** EN VVAA **“Comentarios a la reforma penal de 2010”** Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010

CUGAT MAURI, Miriam **“Situación y panorama de los delitos sexuales”** La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, Nº. 35, 2007.

Jurisprudencia TRIBUNAL SUPREMO, CENDOJ, entre otras:

Sentencia Tribunal Supremo de fecha de 16 de noviembre de 2017, ponente D. ANDRES PALOMO DEL ARCO.

Sentencia Tribunal Supremo, de fecha de 15 de noviembre de 2017, ponente D. MANUEL MARCHENA GOMEZ.

Sentencia Tribunal Supremo, de fecha de 31 de Octubre de 2017, ponente D. ANDRES MARTINEZ ARRIETA.

Sentencia Tribunal Supremo, de fecha de 27 de junio de 2017, ponente D. JOSE RAMON SORIANO SORIANO.