

DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL. Interpretación de los tipos de agravación. Empleo de medios peligrosos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación de José, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, que le condenó por delito de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Rodríguez González; y como parte recurrida Elvira representada por la Procuradora Sra. Hernández Villa.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Jaén, instruyó sumario 1/04 contra José, por delito de agresión sexual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Jaén, que con fecha 21 de diciembre de dos mil cuatro dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Este Tribunal considera probado y así lo declara que sobre las 1,15 horas del día 31 de mayo de 2004, la menor de 13 años, María Dolores, al intentar abrir la puerta del edificio del bloque 3º, Sector 2º del Polígono del Valle de Jaén, fue abordada por José, con antecedentes penales no computables, quien le dijo que se montara en el ascensor a lo que se negó María Dolores pues el ascensor estaba averiado, por lo que con intención de satisfacer sus deseos sexuales, agarró a la menor mientras le realizaba tocamientos en los pechos, entrepierna y culo, apoyándole un destornillador que portaba el acusado en el costado de María Dolores, ante lo cual la niña pidió auxilio, bajando a continuación su madre Elvira y su tío Íñigo, quien pidió explicaciones de lo sucedido al acusado, el cual cogió el destornillador y trató de pinchar a Íñigo lo que no logró al cogerle por la muñeca Elvira, diciendo el acusado que él no había hecho nada, marchándose la madre y el tío con María Dolores a su domicilio.

Posteriormente llegó la Policía que al parecer había sido avisada por el padre del acusado, pero como todo estaba en calma y nadie quiso formular denuncia se marchó del lugar.

Posteriormente el acusado con un hierro que había cogido, comenzó a golpear la puerta del domicilio de Elvira, así como en el cristal del ascensor y reloj de programación de la luz de la planta cuarta, diciendo os voy a matar, bajando a continuación al portal, donde momentos después volvió a personarse la Policía, que al ver que el acusado portaba un cuchillo, le requirió para que se lo entregara, a lo que el acusado se negó, teniendo que ser reducido.

Como consecuencia de lo ocurrido, María Dolores sufrió lesiones consistentes en eritema en brazo derecho que precisó de una primera asistencia, con dos días de curación uno de ellos impedida para sus obligaciones.

Elvira sufrió erosión en la palma de la mano derecha que tardó en curar 9 días con una primera asistencia, estando impedida para sus ocupaciones habituales durante 9 días y daños en la puerta del domicilio de Elvira que han sido valorados en 62 euros más IVA y en los bienes de la Comunidad, los cuales han sido tasados en 58,33 euros más IVA".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a José como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas, condenándole como autor de dos faltas de lesiones y como autor de una falta de amenazas y como autor de una falta de daños y como autor de una falta de desobediencia.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de José.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia la indebida aplicación del tipo agravado derivado del empleo de medios peligrosos. La disensión se vertebra con un doble contenido. De una parte, porque la sentencia no describe el destornillador empleado, por lo que de acuerdo con jurisprudencia que cita, relativa al delito de robo con intimidación, esa ausencia en la descripción del medio peligroso es relevante en la conformación del medio peligroso que fundamenta la tipicidad agravada. Por otra parte, porque el destornillador por sí mismo, no supone la aplicación de la agravación sino es cuando se prueba una utilización del mismo que suponga un peligro para la vida o la integridad física, en los términos que viene redactado en el art. 180.5 del Código penal.

El motivo se estima. La argumentación del recurrente va dirigida a la inaplicación del tipo agravado porque no se identifica el arma y porque el destornillador empleado solamente fue exhibido y no fue utilizado.

La argumentación que presenta el recurrente se apoya en pronunciamientos jurisprudenciales anteriores a la reforma de esta modalidad agravatoria propiciada por la L.O. 11/99, que cambió sustancialmente el presupuesto de la agravación al sustituir el adverbio "especialmente", de la redacción vigente, por la de "igualmente" en la nueva redacción. Resulta patente que la interpretación restrictiva que jurisprudencialmente se realizó se basaba en la especialidad que se requería para el medio peligroso, diferenciando en la exigencia de la agravación aquellos medios intimidativos, para vencer la resistencia de la víctima, de aquellos otros especialmente peligrosos que comprometiera, además de la libertad la vida o la integridad física, las lesiones productoras de resultados especialmente graves como pérdidas de miembros u órganos, principales o no, o generadores de deformidades, esto es, las lesiones de los arts.149 y 150 del Código penal.

En este sentido, y como dijimos en STS 1081/2004, de 30 de septiembre, "la Ley Orgánica 11/1999 modificó el precepto suprimiendo el adverbio "especialmente", aplicando ahora la agravación cuando el autor "haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos", recurriendo a una redacción similar a la contenida en el artículo 242.2 del mismo Código. Modificación de apreciable calado como ya advertía esta Sala en la STS núm. 722/2001, de 25 de abril, pues de la anterior redacción se deducía la interpretación restrictiva del subtipo agravado, lo cual puede ahora ponerse en duda".

La interpretación restrictiva que propugna el recurrente, sobre la base de exigencia de una utilización o la especial intensidad de los medios peligrosos por su especial peligrosidad, carece de base atendible en la vigente redacción del tipo de la agravación, pues la utilización de un arma o medio peligroso se produce con la potencialidad del peligro, no con su efectiva utilización como instrumento vulnerante. La efectiva utilización causante de lesiones es expresamente prevista en el tipo de la agravación como supuesto de concurrencia.

Ahora bien, los tipos agravados han de ser aplicados con un criterio restrictivo, propio de la aplicación de la norma penal y de la agravación para evitar una doble incriminación del empleo de un medio intimidativo, para la aplicación del tipo básico y del tipo agravado. Es preciso acudir a criterios de interpretación que aseguren la proporcionalidad. En este caso, aparecen en la propia norma de la agravación al exigir que los medios peligrosos han de ser susceptibles de causar la muerte o las específicas lesiones de los arts. 149 y 150 del Código penal. El relato fáctico nada dice sobre ese medio y su potencialidad para la producción de los resultados previstos en la agravación, por lo que el motivo se estima.

FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por la representación del acusado José, contra la sentencia dictada el día 21 de diciembre de dos mil cuatro por la Audiencia Provincial de Jaén, en la causa seguida contra el mismo, por delito de agresión sexual.

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos al acusado José por el delito de agresión sexual,