

Sentencia Tribunal Supremo núm.103/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 27 de febrero

AGRESIONES SEXUALES: existencia de tentativa cuando agarra a la víctima en sitio apartado, pidiendo que le besara insistentemente, forcejando hasta que logró desasirse: inequívoco ánimo libidinoso. Sin embargo no existe el aprovechamiento de circunstancias porque aunque lugar apartado, pero que no garantizaba -ni por la ubicación ni por la hora- la ausencia de personas que pudieran prestar auxilio.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 1188/2011

Ponente: Excmo Sr. Luciano Varela Castro

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuestos por el procesado **Herminio** [...]y, por la acusación particular **Carlos** [...], contra la sentencia dictada por la Sección Veintinueve de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 31 de marzo de 2011, por un delito de agresión sexual. [...]

I. ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid, instruyó D.P. de Procedimiento Abreviado nº 4595/2007, contra Herminio por delitos de agresión sexual y lesiones y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 31 de marzo de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Se declara probado que sobre las 15,00 horas del día 24 de junio de 2007, el acusado Herminio -nacido el 29 de febrero de 1976, natural de Tánger, en situación regular en España y sin antecedentes penales- se hallaba trabajando como vigilante- controlador para la empresa Multiservicios Integrales Security World en la urbanización contigua a la ubicada en el Camino de la Huerta número 201 de El Encinar de los Reyes, en Madrid, en la que residía Catalina, nacida el 15 de enero de 1992, con quien no había tenido hasta ese día contacto alguno, y aprovechando que la misma se dirigía a su domicilio, se acercó a ella cuando caminaba por la calle privada que da acceso a la urbanización y asiéndola del brazo izquierdo le dijo "ahora un besito", negándose Catalina e insistiendo él con frases como "sí, sí, porque no" mientras la sujetaba con más fuerza hasta que Catalina consiguió zafarse y salir corriendo hacia su casa.- Como consecuencia de estos hechos Catalina sufrió una contusión en el codo derecho y un trastorno por estrés-postraumático que en la actualidad no precisa tratamiento."

(sic)

SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a Herminio como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual en grado de tentativa, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de **TRES MESES DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS:

Recurso de Herminio

SEGUNDO

1.- [...] reitera la protesta de que los hechos, tal como se han declarado, no son constitutivos del delito imputado de agresión sexual por ausencia de los dos elementos objetivos **-violencia** sobre la víctima- y subjetivo **-ánimo libidinoso** o lúbrico- sin que el comportamiento llegase a **dar comienzo** a los actos que hubieran supuesto la consumación del delito.

Argumenta que la acción "sujetar de un brazo" no reviste la eficacia necesaria para ser **considerada típica** ya que, estima el recurrente, lo elude la víctima con un simple arañazo y le deja libre el otro brazo. Por otra parte no concurre el ánimo libidinoso en el autor, si no se realiza una interpretación muy extensiva del tipo penal, y, concluye, lo que la sentencia dice no implica ni siquiera una tentativa de la acción típica.

2.-[...] Por otra parte conviene también recordar que **como bien jurídico protegido se considera en el tipo penal la libertad sexual de otra persona.** [...]

3.- El hecho probado aleja cualquier duda razonable sobre el uso de la **violencia física instrumental** por parte del recurrente. Asir por el brazo a una niña de quince años, sin que hubiera habido nunca contacto entre ambos, en el espacio de un una calle privada y con ausencia de personas en las inmediaciones que pudieran prestar auxilio para la liberación, es no solamente un acto violento sino **fuertemente intimidatorio**. Más aún cuando se dice que el acusado "sujetaba con más fuerza" a la niña en respuesta al intento de ésta para zafarse. La consecuencia de una contusión en el codo es un testimonio de esa violencia.

Pero, en cualquier caso, **basta decir que la intimidación es una modalidad comisiva equiparada a la violencia física en el tipo penal.**

También autoriza el hecho probado a residenciar ese comportamiento en el ámbito de la libertad sexual de la víctima. Cabe admitir que **el hecho de "besar"** es equívoco ya que puede estar provocado por una mera muestra de afecto de uso frecuente en el contexto de relaciones de amistad, afectividad o familiaridad, sin ninguna vocación de prolongarse en comportamientos directamente sexuales. No obstante, ni la inexistencia de relaciones de tal naturaleza entre sujeto activo y víctima, ni las circunstancias de tiempo y lugar del episodio en que su realización era procurado por el autor, ni el sentido que caracterizan las expresiones del recurrente y que el hecho probado transcribe, permiten desvincular el beso, que el acusado intentaba dar o recibir, de una **naturaleza nítidamente sexual.**

Y al realizar actos externos tendentes directamente a que la víctima llevase a cabo tal comportamiento contra su voluntad, el acusado dio **comienzo de manera inequívoca a la ejecución de un comportamiento que, de proseguir, hubiera consumado el delito que se le imputa como meramente intentado.**

Por ello también rechazamos este segundo motivo.

Recurso de Carlos

TERCERO [...]

La sentencia de instancia excluye dicha aplicación por estimar que **no concurre el requisito subjetivo del aprovechamiento de las circunstancias del lugar, ya que éste no fue buscado, sino que advino en el escenario de los hechos sin procura estratégica previa del autor.** Y, por otro lado, objetivamente, aquellas circunstancias no están revestidas de relevancia suficiente en orden a debilitar la defensa de la víctima o asegurar la impunidad del autor.

La debilidad de la víctima deriva fundamentalmente de su niñez, y la impunidad del autor resultó tan poco reforzada por aquellas circunstancias que ni siquiera excluyeron la percepción de los hechos por un testigo de cargo determinante de la condena. **Y es que el lugar no garantizaba -ni por la ubicación, como lugar de paso para acceder a una urbanización, ni por la hora-, la ausencia de personas que pudieran prestar auxilio, aunque eventualmente de hecho no concurrieran, dato que ya contribuyó a tipificar el comportamiento como intimidatorio.**

Por ello, aunque ese modo de actuar no se considere implícito en el tipo penal imputado, tampoco se reviste de las condiciones necesarias para estimar que la gravedad del delito se considere agravada en los términos interesados por la acusación con aquel amparo normativo.

Por ello el motivo se rechaza.

[...]

III. FALLO:

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por Herminio y por Carlos contra la sentencia dictada por la Sección Veintinueve de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 31 de marzo de 2011, en causa seguida por delito de agresión sexual.