

Roj: **SAP O 454/2013 - ECLI: ES:APO:2013:454**Id Cendoj: **33024370082013100067**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Gijón**Sección: **8**Fecha: **15/02/2013**Nº de Recurso: **42/2012**Nº de Resolución: **13/2013**Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**Ponente: **ALICIA MARTINEZ SERRANO**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8 - GIJON****Avenida de Juan Carlos I, nº 3, 2º planta - C.P. 33271****Tel.: 985197268 - Fax: 985197269 - audiencia.s8.gijon@justicia.es****Rollo nº 42/2012***Órgano de procedencia:*..... Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón*Procedimiento de origen:* Procedimiento Abreviado nº 216/2011**SENTENCIA: 00013/2013***Presidente:* Ilmo. Sr. D. Bernardo Donapetry Camacho*Magistrados:* Ilma. Sra. D^a. Alicia Martínez Serrano

..... Ilmo. Sr. D. José Francisco Pallicer mercadal

En Gijón, a quince de febrero de dos mil trece

VISTOS , en juicio oral y público, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, los autos de la causa Procedimiento Abreviado nº 216 de 2011, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón, que dieron lugar al **Rollo de Sala nº 42 de 2012** , sobre delito de abuso sexual, delito de omisión del deber de perseguir delitos y falta de lesiones, en los que han sido parte el **Ministerio Fiscal** , como **acusación particular Guadalupe** , representada por la Procuradora D^a. Noelia Menéndez Tamargo, bajo la dirección del Letrado D. Ignacio Manso Platero, y como **acusados** Cipriano , nacido el NUM000 /1985 en Tineo (Asturias), hijo de Javier y María de las Mercedes, de estado civil soltero, de profesión palista, con domicilio en la CALLE000 nº NUM001 ,portal NUM002 , NUM002 NUM003 de Lugones-Siero (Asturias), con Documento Nacional de Identidad nº NUM004 , sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, en la que estuvo detenido del 11 al 13 de junio de 2011, cuya solvencia no consta, representado por la Procuradora D^a. Loreto García Maturana, y defendido por el Letrado D. Ricardo González Fernández, y Mario , nacido el NUM005 /1987 en Lena (Asturias), hijo de José-Manuel y María del Pilar, de estado civil soltero, de profesión Guardia Civil, con domicilio en la CALLE001 NUM006 , NUM007 VI de Candelaria (Santa Cruz de Tenerife), con Documento Nacional de Identidad nº NUM008 , sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, en la que estuvo detenido del 11 al 13 de junio de 2011, declarado solvente en auto de 20/1/2012, representado por el Procurador D. Pedro-Pablo Otero Fanego, y defendido por el Letrado D. José-Joaquín García Fernández, siendo **Ponente** la **Magistradallma. Sra. D^a. Alicia Martínez Serrano** , y fundados en los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de febrero de 2013 tuvo lugar en la Sección Octava de esta Audiencia Provincial la vista en juicio oral y público de la causa antes reseñada, contra los acusados que también se indican.



SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de: **1º**/ un delito de abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal ; **2º**/ una falta de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal ; **y 3º**/ un delito de denegación de auxilio del artículo 412.3, párrafo 2º del Código Penal , o alternativamente, un delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal , en relación con el artículo 5.1.e) de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad , considerando autor de las infracciones recogidas en los apartados 1) y 2) a Cipriano y de la infracción del apartado 3) a Mario , solicitando: **a)** para el acusado Cipriano una condena, por el delito de abuso sexual, de 18 meses de multa con cuota diaria de 2 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 9 meses de prisión y por la falta de lesiones 1 mes de multa con cuota diaria de 2 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 15 días de prisión, **y b)** para el acusado Mario una condena de multa de 15 meses con cuota diaria de 12 euros y suspensión de empleo o cargo público durante 2 años o, alternativamente, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 6 meses; asimismo, interesó para ambos acusados la condena en costas y que, en concepto de responsabilidad civil, indemnicen a Guadalupe en 900 euros por daño moral, debiendo indemnizar sólo Cipriano a Bernardino en 450 euros por las lesiones.

TERCERO.- La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de: **1º**/ un delito de abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal , **y 2º**/ un delito de denegación de auxilio del artículo 412.3 párrafo 2º del Código Penal o, alternativamente, un delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal , en relación con el artículo 5.1.e) de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado , considerando autor de la infracción recogida en el apartado 1º) a Cipriano , y de la infracción del apartado 2º) a Mario , solicitando para Cipriano una condena de 18 meses de multa con cuota diaria de 2 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 9 meses de prisión y para Mario una condena de multa de 18 meses con cuota diaria de 12 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 años o, alternativamente, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 6 meses; asimismo interesó para ambos acusados la condena en costas (incluidas las de la acusación particular) y que, en concepto de responsabilidad civil, indemnicen a Guadalupe en la cantidad de 1.000 ? por el daño moral causado.

CUARTO.- La defensa de Cipriano , en sus definitivas, mostró conformidad con las conclusiones de las acusaciones (inclusive con la responsabilidad civil interesada por la acusación particular), conformidad que fue ratificada por dicho acusado, presente en el juicio.

QUINTO.- La defensa de Mario , en sus conclusiones definitivas, solicitó la libre absolución de su patrocinado.

II.- HECHOS PROBADOS

De lo actuado resulta probado y así se declara que:

El día 11 de junio de 2011, a las 9,30 horas, en la estación de Renfe de Gijón, Guadalupe cogió el tren con destino a Oviedo. A su vez, Cipriano y Mario , que iban juntos, también se subieron al mismo tren, sentándose Cipriano al lado de Guadalupe y Mario enfrente de Cipriano y de Guadalupe .

En ese momento, con inequívoca intencionalidad sexual, Cipriano se acercó a Guadalupe y comenzó a decirle las siguientes palabras: "Sabes tía, me das morbo, métotela por el culo y sácotela por la boca, no la viste más dura en tu vida, póngote mirando a Cuenca", expresión esta última que repitió y le metió la mano entre las piernas tocándole la zona del pubis por encima del pantalón, con el rechazo de Guadalupe que intentaba evitarlo abandonando el lugar en el que se encontraba y cuando se levantó para alejarse Cipriano la tocó por la entrepierna.

Bernardino que viajaba en el tren, intervino para intentar poner fin al comportamiento del acusado y fue agredido por éste, causándole lesiones consistentes en equimosis periorbitaria izquierda con hemorragia conjuntival y erosión interna labio superior con restos de epistaxis y bultoma y enrojecimiento parietal derecho, invirtiendo 15 días en su curación no impeditivos para su actividad habitual y precisó primera asistencia sin tratamiento ulterior.

Durante los hechos acaecidos con Guadalupe , Mario -Guardia Civil en activo- estuvo riéndose permanentemente, sin intervenir en ningún momento, llegando incluso a grabar en su teléfono móvil las palabras que Cipriano dirigía a Guadalupe , y a huir -por dos veces- de los agentes de la autoridad comisionados para la investigación del suceso.

Cipriano y Mario carecen de antecedentes penales.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados, de los que son prueba las declaraciones de los acusados (Cipriano en el plenario reconoció íntegramente los hechos que se le imputan), las declaraciones de los testigos (Guadalupe , Bernardino , Policía Local NUM009 , Policía Local NUM010 , Policía Local NUM011 , Pericial Psicológica y Médico Forense y documental, especialmente el visionado de dos grabaciones), practicadas en el juicio oral, son constitutivos de: **1º**/ un delito de abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal ; **2º**/ una falta de lesiones del artículo 617 del Código Penal ; **y 3º**/ un delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal , en relación con el artículo 5.1.e) de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado .

Este delito tipificado en el artículo 408 del Código Penal requiere un sujeto activo que sea autoridad o funcionario público que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de delitos y de sus responsables, entre los que se encuentran sin duda los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencia en esta materia, no siendo necesario que los hechos delictivos se produzcan con ocasión del desempeño de sus funciones (Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, artículo 5 : "*Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes : 1.e) Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley. ... 4) Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana*"). La conducta típica consiste en dejar de promover la persecución de los delitos de que se tenga noticia (basta con que el agente tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos) o de sus responsables. Por otro lado, se trata de un delito de omisión pura, que requiere una comisión dolosa (así se desprende de la redacción del texto legal que expresamente recoge el término "intencionadamente").

Los hechos imputados a Mario no son subsumibles en el tipo penal del artículo 412.3 del Código Penal - también postulado por las acusaciones-, por no existir en este caso el preceptivo requerimiento de un particular.

SEGUNDO.- Del delito de abuso sexual y de la falta de lesiones es autor responsable, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal , por su realización directa, material y voluntaria, Cipriano , a tenor de la prueba practicada, especialmente de su confesión en el plenario, de los testimonios de Guadalupe y Bernardino , de las grabaciones proyectadas en el juicio oral, y de la pericial de los informes médicos y psicológicos (folios 23, 27, 84, 102, 108, 137, 145 a 147, 162 y 163).

TERCERO.- Del delito de omisión del deber de perseguir delitos, es autor responsable con arreglo a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal , por su realización directa, material y voluntaria, Mario . Así resulta de la prueba practicada en el plenario: **a)** Que Mario era agente de la Guardia Civil en activo en el momento de ocurrir los hechos no ha sido cuestionado; **b)** Que Mario estaba presente y no incapacitado para oír y ver lo que Cipriano dijo e hizo a Guadalupe en el tren ha sido acreditado por las imágenes grabadas por la cámara del vagón en que tuvieron lugar los hechos -visionadas en el acto del juicio- en las que se aprecia que Mario estaba sentado enfrente, y a muy corta distancia, de Cipriano y Guadalupe y que permaneció mirando hacia ellos y riéndose durante todo el tiempo que duró el suceso; por el sonido de la grabación realizada por el propio Mario con su móvil, que fue reproducida en el plenario; por el testimonio de Guadalupe , que en un momento de su declaración en el juicio oral dijo -refiriéndose a Mario - el alto tuvo que oír y ver lo que hacía el otro, "*por supuestísimo*"; **c)** Que Mario no hizo nada para impedir la conducta de Cipriano resulta probado por las imágenes visionadas en el plenario y por el testimonio de Guadalupe , la cual sostuvo a lo largo de todo el procedimiento que Mario no hizo nada, que sólo se reía ("... el individuo que acompañaba al que realizó los tocamientos reía constantemente el comportamiento de su colega alentando al mismo", folio 5; "... que él sólo se reía... si en algún momento le dijo algo al chico bajo para que depusiera su actitud... que cuando lo de la abuela le dijo algo e hizo un gesto de reprobación... Preguntada si cuando se produjeron los tocamientos el alto dijo algo o trató de impedirlos dice que no...", folio 69; en el plenario volvió a decir que el alto no hacía, se reía y que sólo habló cuando el pequeño le dijo lo de "aunque fueras mi abuela te ponía mirando pa'Cuenca", que entonces dijo ... va chaval ¿"tu güela"?); **d)** Que Mario omitió intencionadamente la persecución del delito se deduce de su conducta, pues no sólo no impidió a Cipriano que ofendiera sexualmente de palabra y obra a Guadalupe sino que rió en todo momento su actuación y la grabó en su móvil (ignoramos con qué intención), siendo tan obviamente transgresora la conducta de Cipriano para cualquier persona -aunque no fuera funcionario obligado a perseguir delitos- que motivó la intervención de un ciudadano que viajaba en el tren, Bernardino , el cual a consecuencia de ello fue agredido por Cipriano , y siendo Mario tan consciente de su ilícito proceder que por dos veces huyó de los agentes de la autoridad comisionados para la investigación de lo sucedido, como resulta probado por el testimonio del Policía Local NUM009 (refirió en el plenario que les dieron las características físicas, que él llegó el primero y vio al acusado alto - Mario - sentado con el móvil,



que le pregunté si estaba solo y se quedó dubitativo, que se fijó que de entre la maleza asomaba otra cabeza, que huyeron, que luego circulando en la moto observamos al chico alto que -junto a una persona mayor- iba con los pantalones subidos y a pecho descubierto, que volvió a huir en esta ocasión, que el otro compañero y yo lo acorralamos y lo detuvimos, que les dijo que era Guardia Civil) y por el testimonio del Policía Local NUM011 (que vieron a un señor mayor y al lado de este un chico - Mario -, que cuando pararon las motos echó a correr y cuando se vio acorralado dijo que era Guardia Civil).

CUARTO.- No concurren ni son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de los acusados.

QUINTO.- Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, conforme a lo dispuesto en los artículos 116 y 109 del Código Penal, debe responder también de las consecuencias dañosas de su conducta, por lo que en este caso Cipriano y Mario indemnizarán conjunta y solidariamente a Guadalupe en la cantidad de 1.000 euros por el daño moral sufrido, indemnización con la que se ha mostrado conforme el acusado Cipriano y que se estima adecuada y proporcionada a los hechos y a la ansiedad generada a la víctima.

Asimismo Cipriano indemnizará a Bernardino en 450 euros por las lesiones causadas.

SEXTO.- Las costas (incluidas las de la acusación particular) deben imponerse por mitad a Cipriano y Mario por sus respectivas condenas, conforme a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS los artículos 53 y 66 del Código Penal, y 14, 741 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y demás preceptos de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS condenar y condenamos a:

1.- Cipriano, de conformidad con lo aceptado por las partes, como autor de un delito de abuso sexual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de dieciocho meses de multa, con cuota diaria de dos euros, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de nueve meses de prisión; y como autor responsable de una falta de lesiones, a la pena de un mes de multa, con cuota diaria de dos euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de quince días de prisión, a que indemnice a Bernardino en la cantidad de 450 euros por las lesiones causadas, y al pago de la mitad de las costas procesales (incluidas las de la acusación particular).

2.- Mario, como autor responsable de un delito de omisión del deber de perseguir delitos, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante seis meses y pago de la mitad de las costas procesales (incluidas las de la acusación particular).

Cipriano y Mario indemnizarán conjunta y solidariamente a Guadalupe en la cantidad de 1.000 euros por daños morales.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante este Tribunal en el plazo de cinco días a contar desde la última de las notificaciones de la sentencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de la Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada por la Ilma. Magistrada Ponente, en audiencia pública y a mi presencia, de lo que doy fe. En Gijón, a diecinueve de febrero de dos mil trece.