



Roj: **STS 8864/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:8864**

Id Cendoj: **28079120012007101123**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2007**

Nº de Recurso: **251/2007**

Nº de Resolución: **1097/2007**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **LUIS ROMAN PUERTA LUIS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil siete.

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por la Acusación Particular, Lourdes , contra sentencia de fecha 10 de noviembre de 2.006, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra , Sección Tercera, en causa seguida a Rosendo por delito de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando la Acusación Particular representada por el Procurador Sr. Moreiras Montalvo, y como recurrido Rosendo , representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Tafalla, instruyó Sumario con el nº 2/2005, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección Tercera, que con fecha 10 de noviembre de 2.006, dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO: "Resultando probado y así se declara que el día 26 de agosto de 2.003, Lourdes , súbdita ecuatoriana de 46 años, nacida el día 5 de noviembre de 1.957, decidió poner un anuncio en el periódico regional "Diario de Navarra" en el que se ofrecía como interna para cuidar niños y ancianos o realizar quehaceres domésticos facilitando como teléfono de contacto el de su sobrina Silvia . Al día siguientes recibió una llamada del procesado Rosendo , de 76 años (nacido el 28 de julio de 1.927) y carente de antecedentes penales concertando una entrevista en la estación de autobuses de Pamplona ese mismo día. En la cita, el procesado le dijo a Lourdes que acudió con su sobrina y el marido de ésta que el trabajo era para cuidarle a él ya que había sufrido una operación y llevaba un marcapasos, que tenía que empezar cuanto antes a trabajar y que el sueldo sería de 900 € al mes con dos pagas anuales.

Como quiera que a Lourdes le interesó la oferta y el acusado solicitó que comenzase a trabajar ese mismo día, se dirigieron al domicilio de aquélla a recoger la maleta.

Encontrándose ya Lourdes en el vehículo del procesado, se dirigieron a la localidad de Rada por la carretera N-121, manifestándole el procesado que tenía que regar el huerto y que después regresarían a Pamplona.

Cuando llega la noche el acusado decide no regresar a Pamplona, alegando que no puede conducir de noche y que sería preciso quedarse a dormir. Hizo él mismo la cena, se duchó y se puso a ver la televisión con Lourdes en el salón, insistiéndole aquél en que también ella se duchase y se pusiese una bata que él le ofreció, y aunque le pareció extraño Lourdes aceptó. Mientras veían la televisión, el procesado le puso una mano sobre el muslo. Más tarde, le invita a subir con él a la habitación en donde hay otra televisión. Entonces le dice que su trabajo consiste en dormir con él en la misma cama, puesto que está operado del corazón y necesita tenerla cerca para despertarle con rapidez si le diese un ataque; añade que no debe preocuparse porque ya es mayor y no es activo sexualmente. Aunque a ella la situación le extraña, accede.

Ven la televisión desde la cama. Él se duerme. Cuando ella siente sueño, apaga la televisión y también se duerme. Pero avanzada la noche, ella siente que el procesado le pone la mano en el muslo y luego en el pecho,



y se gira, pero aquél le continúa tocando las nalgas, los pechos y el pubis, la denunciante se da la vuelta y le quita la mano, a continuación el procesado se levanta al baño y se quedan nuevamente dormidos.

Por la mañana, Lourdes se despierta al notar que el procesado le tocaba los senos, dándose cuenta de que él estaba desnudo, le había desabrochado la bata y le estaba mamando los senos mientras con la otra mano le toca el pubis y presiona con el dedo corazón de su mano.

Lourdes le pregunta que "qué está haciendo", el procesado le dijo "vamos a jugar un rato y a follar", negándose Lourdes a ello, pese a lo cual el procesado prosiguió besándola y lamiéndola por todo el cuerpo.

Tras estos hechos, el procesado se levanta, prepara el desayuno y regresan a Pamplona, la deja frente a un edificio donde le refiere que vive y le indica que saque las maletas que va a aparcar, pero desaparece.

Al cabo de hora y media, Lourdes coge un taxi y vuelve a casa de su sobrina, a la que comenta que el individuo era un morbosos y que le dejó en un lugar mientras aparcaba pero no volvió, sin contarle más.

El día 29 -el siguiente al regreso a Pamplona- Lourdes acude al colegio "La Inmaculada" donde le refiere a la trabajadora social lo ocurrido. Ésta llama a la Policía Foral para poner en su conocimiento lo sucedido, tras lo que Lourdes formuló la correspondiente denuncia".

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS: "Que debemos absolver y absolvemos libremente a Rosendo de los delitos de agresión sexual y abusos sexuales por los que era acusado en la presente causa, tanto por la acusación particular como por el Ministerio fiscal, declarando de oficio las costas procesales".

3.- Notificada dicha sentencia a las partes se preparó contra la misma por la representación de la Acusación Particular, recurso de casación por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Crim., por infracción del artículo 181.1 del Código Penal.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento, han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el trece de diciembre pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) absolvió a Rosendo de los delitos de agresión sexual y abusos sexuales de que venía acusado, por la conducta observada con una mujer a la que había contratado para que le atendiera en su domicilio, dada su edad avanzada y su quebrantada salud.

Contra la sentencia de la Audiencia, la acusación particular ejercitada por la supuesta víctima de la conducta denunciada -la ciudadana ecuatoriana Lourdes - ha interpuesto recurso de casación contra la misma, formulando un único motivo por infracción de ley.

SEGUNDO. El único motivo de este recurso, por el cauce procesal del art. 181.1º de la LECrim., denuncia infracción del artículo 181.1 del Código Penal.

Destaca la parte recurrente que, en la sentencia objeto de recurso, se mantiene -como hechos probados- que Lourdes , tras haber puesto un anuncio en el Diario de Navarra ofreciendo sus servicios para cuidar niños y ancianos o realizar labores domésticas, recibió una llamada telefónica del señor Rosendo , con el que quedó citada y con el que llegó al acuerdo de empezar a trabajar a su servicio, acompañándole seguidamente a la localidad de Rada -antes de dirigirse a Pamplona, donde iban a residir-, localidad, aquélla, donde pernoctaron y donde tuvieron lugar los hechos que se describen en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, donde se dice que dicho señor -por estar operado del corazón y temer pudiera sufrir algún ataque- necesitaba tenerla cerca "para despertarle con rapidez por si le diese un ataque", por lo que tenía que dormir en la misma cama, tranquilizándola al decirle que "es mayor y no es activo sexualmente". No obstante lo cual, en el curso de la noche, en dos momentos distintos, la hizo objeto de tocamientos libidinosos, llegando a decirla, en la segunda ocasión, "vamos a jugar un rato y vamos a follar". Es de destacar que, antes de subir al dormitorio, el acusado -estando los dos viendo la televisión- ya le había puesto una mano sobre el muslo, tras haberla insistido en que se duchase y se pusiese una bata que él le ofreció, la cual era transparente.



El Tribunal de instancia, tras descartar que los hechos denunciados que pudieran ser calificados como constitutivos de un delito de agresión sexual del art. 179 del Código Penal, por las inconcreciones, contradicciones, falta de verosimilitud y ambigüedad de las declaraciones de la denunciante sobre los mismos (v. FJ 2º), descarta también que la conducta del acusado que se declara expresamente probada en el factum de la sentencia, pueda ser calificada como constitutiva de un delito de abusos sexuales del art. 181 del Código Penal, tras analizar "las circunstancias que rodearon al ya admitido comportamiento libidinoso del acusado", destacando, a este respecto, que no hubo por parte de la víctima "una clara oposición a los actos realizados por el acusado", pues, "su intención ya se manifestó en el salón cuando le tocaba el muslo", a pesar de lo cual "consintió en acostarse con él", y, aunque tal actitud pudiera justificarse porque formaba parte de su trabajo, "lo que no se justifica es que permaneciese con él en la cama después de los primeros tocamientos", por cuanto "no se aprecia la menor dificultad para oponerse al comportamiento del acusado, una vez advertidas sus intenciones, simplemente levantándose de la cama, cuando tras despertarse la primera vez, nota tocamientos del hombre, en vez de girarse y hacerse la dormida, o en vez de retirarle la mano en otras ocasiones, como ella misma declara", de tal manera que -para el Tribunal- "sobre los episodios que narra la víctima a partir de ese momento y que suceden por la mañana, también recaen de inmediato las dudas sobre su falta de consentimiento" (v. FJ 3º).

Por lo demás, el Tribunal de instancia declara también "que no ha existido una situación de superioridad manifiesta en el acusado que constituya una circunstancia de prevalimiento, que haya influido en la libertad de la víctima, coartándola y logrando así un consentimiento viciado en el contacto sexual". El Tribunal no aprecia "la menor dificultad para oponerse al comportamiento del acusado, habida cuenta que no se infiere ni de la personalidad, ni de la edad de la víctima, ni de las circunstancias anteriormente descritas, situación de inferioridad notoria que restrinja de modo relevante su capacidad de decidir libremente, ni tampoco se aprecia que el acusado se hubiese aprovechado deliberadamente de su posición de superioridad, consciente de que la víctima tuviese coartada su libertad de decisión sobre la actividad sexual impuesta, como así viene exigido por la jurisprudencia" (v. FJ 4º).

El Ministerio Fiscal, por su parte, al evacuar el trámite de instrucción, se ha opuesto al motivo examinado, poniendo de manifiesto que "los hechos probados, si bien ponen de manifiesto un grado de sorpresa por parte de la víctima, sin embargo, sin que las circunstancias se lo impidieran, va aceptando sin oponer ninguna objeción a sucesivos tocamientos, o colocándose en situación harto sospechosa, ducharse y ponerse una bata transparente, aceptar acostarse en la cama con el acusado, no reprocharle los tocamientos en la cama, e inclusive preguntar si aquello iba en el trabajo". "Todo ello -viene a concluir el Ministerio Fiscal- lleva a estimar la existencia de un consentimiento (tal como valora la sentencia en sus fundamentos de derecho primero y segundo), lo cual determina la no existencia de delito".

TERCERO. El precepto penal cuya falta de aplicación al presente caso se denuncia en este motivo castiga con las correspondientes penas al que, "sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona" (art. 181 C. Penal).

Es conocida la crítica expuesta por los autores a la técnica legislativa -un tanto compleja- empleada por el legislador para definir esta figura penal, pues, como ha declarado, una conocida autora, "una primera lectura del citado precepto hace difícil imaginar en qué clase de comportamiento estaría pensando el legislador cuando lo redactó", habida cuenta de que, en su ejecución, no debe concurrir violencia ni intimidación, tampoco el consentimiento de la víctima, así como los supuestos de que ésta sea menor de trece años, esté privada de sentido o tuviere un trastorno mental del que abusare el sujeto pasivo, por constituir éstos un subtipo agravado de esta figura penal. De ahí que dicha autora estime que las conductas típicas del art. 181.1 del Código Penal se reducirían prácticamente a los supuestos de "incapacidad para resistir" por parte de la víctima y a los denominados "abusos por sorpresa" (besos fugaces, tocamientos sorpresivos aprovechando lugares y situaciones de aglomeración, etc.), si bien pone de relieve la cautela con que deben enjuiciarse este tipo de conductas, por el riesgo de llegar a calificar como delictivos determinados comportamientos que, por su nimiedad, no deben pasar de la consideración de meros actos burdos o groseros.

En definitiva, es preciso ponderar con la mayor diligencia posible el conjunto de circunstancias que definan cada conducta concreta a enjuiciar.

La jurisprudencia ha señalado las características definitorias del tipo penal descrito en el art. 181.1 del Código Penal: a) la concurrencia de un elemento objetivo consistente en un tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades -salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos-; b) que el tocamiento o contacto corporal puede ser realizado tanto por el sujeto activo del delito sobre el pasivo, o por éste sobre el cuerpo de aquél; y, c) un elemento subjetivo, el "ánimo libidinoso", o propósito de obtener una satisfacción sexual (v., por todas, STS de 6 de marzo de 2006).



Por lo demás, como es evidente, dado el tenor literal del precepto, tal tipo de conductas ha de realizarse sin violencia ni intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima; y, aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. En todo caso, determinar a partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto.

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conduce llanamente a la desestimación del motivo, pues, es evidente que los contactos sexuales que se describen en el factum -de contenido indudablemente lúbrico y de creciente intensidad- los llevó a cabo el acusado sobre el cuerpo de la aquí recurrente, pero la forma en que se realizaron no permite afirmar, con la rotundidad que exige una condena penal, que no fueran consentidas en alguna medida por ésta, dada la forma de reaccionar la misma ante los sucesivos tocamientos de que fue objeto, habida cuenta también de la edad y circunstancias personales del acusado (de setenta y seis años de edad y operado de corazón) y de la víctima (que contaba cuarenta y seis años de edad). En definitiva, tras exponer las distintas razones de ello, el Tribunal de instancia viene a concluir que la propia actuación de la víctima "está denotando un consentimiento, aunque no sea más que por esa simulada inactividad", por lo que "se podría suponer que admite que mientras la cosa no trascienda de ahí, compensa por la obtención del prometido trabajo" (v. FJ 3º).

De todo lo expuesto, es preciso concluir que el motivo examinado carece de la entidad necesaria para poder desvirtuar los argumentos expuestos por el Tribunal de instancia en la resolución recurrida. Procede, en definitiva, la desestimación del motivo.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Acusación Particular, Lourdes , contra sentencia de fecha 10 de noviembre de 2.006, dictada por la Audiencia Provincial de Pamplona, Sección Tercera, en causa seguida a Rosendo por delito de agresión sexual. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luis-Román Puerta Luis , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.