



Roj: **SAP PO 436/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:436**

Id Cendoj: **36057370052017100076**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **5**

Fecha: **28/02/2017**

Nº de Recurso: **81/2017**

Nº de Resolución: **85/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00085/2017

C/ LALIN Nº 4-1º VIGO

Teléfono: 986 817162-63

213100

N.I.G.: 36057 43 2 2016 0007107

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000081 /2017

Delito/falta: **EXHIBICIONISMO** Y PROVOCACIÓN SEXUAL

Denunciante/querellante: Jorge

Procurador/a: D/Dª VANESSA NUÑEZ MARTINEZ

Abogado/a: D/Dª DENISE GOMEZ ALVAREZ

Contra: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

SENTENCIA Nº 85/17

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

D. JOSÉ CARLOS MONTERO GAMARRA

Magistrados/as

DÑA. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE

DÑA. MERCEDES PÉREZ MARTIN ESPERANZA

=====

En VIGO, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.

VISTO, por esta Sección 005 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora VANESSA NUÑEZ MARTINEZ, en representación de Jorge , contra la Sentencia dictada en el procedimiento PA : 0000330 /2016 del JDO. DE LO PENAL nº: 003; habiendo sido parte



en él, como apelante el mencionado recurrente, como apelado el MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia, actuando como Ponente el/la Magistrado/a Ilmo/a. Sr./a. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha veintidós de diciembre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado Jorge, como autor penalmente responsable de un delito DE **EXHIBICIONISMO** Y PROVOCACIÓN SEXUAL, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Asimismo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 192.1 en relación con el artículo 106.1g del Código Penal) se le impone una medida de libertad vigilada durante 3 años, consistente en la prohibición de acudir a establecimientos, recintos o locales lúdicos o deportivos públicos o privados donde se desarrollen actividades deportivas o lúdicas por menores de edad o dirigidas a estos.-Se imponen al acusado las costas del presente procedimiento".

Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada: "El acusado Jorge, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 20:25 horas del día 16 de abril de 2016, mientras se encontraba en el interior de la piscina infantil sita en el complejo deportivo municipal de Lavadores, en la CALLE000 de la ciudad de DIRECCION000, guiado por un ánimo libidinoso y con propósito de satisfacción sexual, entabló una conversación con Martina, quien en ese momento se hallaba con su hija de 15 meses de edad en los brazos, en el transcurso de la cual, y a la vista tanto de Martina como de su hija de 15 meses, exhibió su órgano genital sujetándolo con la mano".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día 21-2-2017.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alega como primer motivo del recurso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por error en la valoración de la prueba e inexistencia de prueba de cargo suficiente.

La Juzgadora a quo consideró acreditados los hechos recogidos en el relato fáctico con base en la declaración de D^a Martina a la que otorga credibilidad, y se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (cfr. SSTs 22- 91992 y 30- 3- 1993) Ello es así porque la inmediación, aunque no garantice el acierto ni sea por sí misma suficiente para distinguir la versión correcta de la que no lo es, permite al Tribunal acceder a algunos aspectos de las pruebas personales que resultan irrepetibles, y que pueden influir en la valoración, de forma que la decisión del Tribunal de instancia en cuanto a la credibilidad de quien declara ante él, aunque debe basarse expresamente en aspectos objetivos, no puede ser sustituida por la de otro Tribunal que no las haya presenciado, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta adecuadamente en su momento que puedan poner de relieve una valoración manifiestamente errónea que deba ser corregida (s. T.S 1549 / 2004 de 23 de diciembre) y sin que en este caso se aprecie error valorativo manifiesto alguno, pues no se ha alegado siquiera que la Sra. Martina conociese al acusado con anterioridad a los hechos, sin que se adviertan en su versión de los hechos ambigüedades ni contradicciones y sin que desde luego pueda compartirse la apreciación del recurrente relativa a que hubiese cambiado en el plenario su versión de los hechos en un punto esencial, pues es cierto que en la denuncia dice que al bajar la vista al agua pudo ver que el acusado se estaba masturbando delante de ella y su hija, esto mismo hace constar en la queja que realiza el 16-4-016, y lo mismo relata a la recepcionista, la testigo D^a Clemencia, tal y como ésta manifiesta en el plenario "... sale una usuaria sobre las 8,25 h. bastante nerviosa, en bañador, mojada y con su bebé en brazos y le dice que otro usuario entabla conversación con ella y en un momento dado ve que el otro usuario se está masturbando, ella le pide que se lo ponga por escrito y sale el señor y se lo identifica..." pero es que, también reitera lo mismo en el plenario "Había ido a la piscina con su hija y cuando ya no quedaba nadie



se acercó el hombre a hablar amablemente con ella y la niña y *al bajar la cabeza vio que se estaba masturbando*. Estaban solos, cuando vio eso, busco al socorrista y no lo encuentro y fui a la recepcionista", reiterando a preguntas del Ministerio Fiscal "no tengo ningún género de duda de que lo vi masturbarse en mi presencia. Estaban a un metro, los dos de rodillas o flexionados porque la piscina es muy bajita, vio el miembro, no tiene dudas..." y a preguntas de la defensa sostiene "hablaron en distintas ocasiones, era muy amable porque vio que ella era muy cariñosa con su hija, mantuvieron una conversación cordial, no vio actitud extraña, esto fue antes de que quedase la piscina sola, él estaba todo el tiempo en la piscina de niños, le decía "que bonita la niña", "como le gusta el agua", por eso yo seguía hablando con él hasta que vi la hora que era, vi que nos teníamos que ir y bajo la cabeza y veo el miembro viril de este hombre y con su mano lo sostenía, y esto lo veo dentro del agua, no esperé un segundo más a ver qué hacía con su miembro en la mano fuera del bañador..." y es la letrado de la defensa quien dice "¿Entonces no se estaba masturbando?", "contestando la testigo " *Eso es lo que dice usted, creo que quiere pensar*", añadiendo "Inmediatamente me salí porque solo estábamos mi hija y yo en las dos piscinas, ni el vigilante, la niña en mis brazos porque es un bebé...". Por tanto, no ha cambiado nada la versión de los hechos ofrecida por la testigo, quien cada vez que ha contado lo sucedido mantiene que el acusado se masturbó en su presencia y la de su hija, a quien ella sostenía en brazos, y "sin ningún género de dudas", no pudiendo confundirse el gesto de colocarse el miembro viril dentro del bañador, con el de sujetarlo con la mano fuera del bañador que es lo que describe la testigo, y sin que el hecho de que ambos se encontrasen dentro del agua sea suficiente para desvirtuar la afirmación de la testigo, que dice que no tiene ningún género de dudas de que lo vio masturbarse en su presencia, pues también señala que la piscina era la de niños, que era muy bajita, de modo que tanto ella como el acusado tenían que estar de rodillas o flexionados, y que lo vio sin dudas porque estaban solo a la distancia de un metro, corroborando los actos posteriores de la testigo su versión de los hechos, pues, como pone de relieve la testigo D^a Clemencia, sale del agua nerviosa y mojada y con la niña en brazos le cuenta lo que le ha pasado, corroborando también la declaración de esta testigo que en el vestuario se lo contó a otra señora y que ésta le dijo a la recepcionista que ella también había tenido otro incidente con el acusado, a quien ambas identifican.

En consecuencia, no se observa error alguno en la valoración de la prueba llevada a cabo por la Juzgadora a quo, y la declaración de D^a Martina constituye prueba de cargo apta y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del art. 24 CE.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso se alega la infracción por indebida aplicación del art. 185 del CP con base en que de haber existido la conducta iría dirigida a la madre y no a la menor, además de que al tener ésta 15 meses ninguna perturbación le podía causar ver el miembro viril del acusado debajo del agua, pues no tendría capacidad para entender lo que estaba viendo.

En relación con la percepción visual de la actuación del acusado nos remitimos a lo ya expuesto, pues D^a Martina ya describe la situación, distancia, y posición en la que se encontraban, así como la piscina, todo lo cual hacía que no tuviese dudas de lo que había visto, y es evidente que si la niña se encontraba en los brazos de su madre y ésta y el acusado arrodillados, al estar en una posición más alta tendría igualmente visibilidad. Pero es que, como señala la SAP Pontevedra Sección 2^a n^o-258/09 de 23-12 "como ya ha expuesto entre otras este Tribunal (véase AP Pontevedra sección 2^an^o-13/2009 de 20-1, SAP Pontevedra sección 5^a 126/2009 de 20-7; SAP Madrid sección 3^a 416/2006 de 20-10-06, SAP Burgos n^o-59/2010 de 15-3), el delito de **exhibicionismo** del art. 105 CP se consuma por la realización de los actos de exhibición obscena ante menores o incapaces, con independencia, por tanto, de que lleguen a ser percibidos por ellos... se pretende evitar por el legislador situaciones de riesgo o peligro para la indemnidad sexual de menores o incapaces, con lo cual se consagra el deber jurídico-penal de evitar dichas situaciones y como contrapartida el derecho de menores e incapaces a que no se realicen actos de exhibición obscena en su presencia, con independencia de que para cada una de las víctimas el delito de **exhibicionismo** llegue a agotarse por la percepción de los actos de exhibición obscena por un concreto menor o incapaz".

Poniendo de relieve la STS de 21-10-09 que en el tipo del art. 185 CP no es exigible un dolo específico de involucrar al menor en el contexto sexual en el que se produce la conducta, ni realizarla con expreso ánimo libidinoso, bastando simplemente que se realice esa conducta a su vista y el sujeto activo sea consciente de ello, lo procure o al menos no lo evite, en el caso de que la exhibición no haya sido buscada de propósito...", teniendo en consideración lo expuesto debe desestimarse el motivo del recurso, pues acreditado que el acusado exhibió su órgano genital sujetándolo con la mano, en presencia de Martina y de su hija de 15 meses que ésta tenía en brazos, siendo perfectamente consciente el acusado de la presencia de la menor, pues precisamente le decía a la madre de ésta lo bonita que era y lo mucho que le gustaba el agua, concurren los elementos del tipo del art. 185 CP, sin que, como señala el Ministerio Fiscal, haya dispuesto el legislador tope alguno en la edad de los menores víctimas de los actos de **exhibicionismo**.



TERCERO.- Por último se solicita por el recurrente que no se imponga la medida de libertad vigilada durante 3 años consistente en la prohibición de acudir a establecimientos, recintos o locales lúdicos o deportivos públicos o privados donde se desarrollen actividades deportivas o lúdicas por menores de edad o dirigidas a éstos.

Motivo que debe desestimarse pues la condena a pena de prisión por delito comprendido en el Título VIII conlleva la imposición de la medida de seguridad por disponerlo expresamente el art. 192.1 CP , sin que sea necesaria la acreditación de una especial peligrosidad.

CUARTO.- No apreciando temeridad o mala fe en el apelante, no procede hacer expresa imposición de costas de esta alzada.

En atención a lo expuesto,

FALLO:

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jorge , contra la Sentencia dictada con fecha veintidós de diciembre de dos mil dieciséis en el Procedimiento PA: 330 /2016 del JDO. DE LO PENAL nº: 3 de DIRECCION000 (Rollo de Apelación nº- 81/17), y en consecuencia debemos CONFIRMAR dicha sentencia, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese el presente a las partes personadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Expídase testimonio de esta resolución para su unión al rollo de Sala y para su remisión al Juzgado de procedencia, para cumplimiento de lo acordado, tomándose las oportunas notas en los libros registro de esta Sección.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.