



Roj: **SAP OU 1083/2003 - ECLI:ES:APOU:2003:1083**

Id Cendoj: **32054370022003100493**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **2**

Fecha: **29/12/2003**

Nº de Recurso: **1/2003**

Nº de Resolución: **11/2003**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE

SECCIÓN SEGUNDA

Rollo nº 1/2003

Procedimiento origen: Ordinario (Sumario) Nº 1/2003

Órgano de procedencia: Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Ourense

**SENTENCIA Nº 11/2003**

ILMOS. SRES.:

Presidente: D. ABEL CARVAJALES SANTA EUFEMIA

Magistrados:

D. FERNANDO ALAÑÓN OLMEDO

D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**

En OURENSE a veintinueve de diciembre de dos mil tres.

Visto, en juicio oral y público ante esta Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ourense, la causa de Procedimiento Ordinario (Sumario) nº 1/2003 instruida por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de los de esta capital - Rollo de Sala nº 1/2003, por un delito de agresión sexual, contra Íñigo , DNI nº NUM000 , nacido en Ourense el NUM010 /1984, hijo de Pedro Antonio y de Ángeles , en prisión provisional por esta causa desde el pasado día 21/01/2003; estando representado por la procuradora Dª Inés Fernández Ramos y defendido por el letrado D. Fernando Blanco Arce. Siendo partes acusadoras el Ministerio Fiscal y, como acusación particular, D. Octavio , representado por el procurador D. Francisco Pérez Saa y defendido por el letrado D. Gumersindo Fornos Vieitez. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del Código Penal en grado de tentativa, arts. 16 y 72 del mismo texto legal, del que considera responsable en concepto de autor, al procesado Íñigo , sin apreciar la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y para el que solicitó la pena de seis años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante tal período de tiempo. En cuanto a la responsabilidad civil, el procesado indemnizará a Octavio en 3.000 euros por los daños morales ocasionados.

Por la acusación particular, en igual trámite, también se elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual tipificado en el art. 178 del Código Penal, en relación con el art. 180 circunstancias 1, 3 y 5 del mismo Texto Legal, del que



considera responsable en concepto de autor a Íñigo , con la concurrencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal por reincidencia, art. 22 causa 8 del C.P.; solicitando para el mismo la pena de diez años de prisión y, en concepto de responsabilidad civil, una indemnización a favor de D. Octavio en la cantidad de 6.010,12 euros, por el concepto de daños y perjuicios morales.

SEGUNDO.- Por la defensa del referido procesado, en igual trámite, entiende que no procede imponer pena alguna al mismo; en todo caso, el art. 178 CP prevé una pena de 1 a 4 años de prisión. Que por aplicación del art. 66.4 o del art. 68 del Código Penal habría de ser rebajada en dos grados o en uno. Que, dadas las circunstancias del reo, su edad, así como su grave enfermedad, sería adecuada una pena de seis meses de prisión. En todo caso, cabría aplicar medida de seguridad al apreciarse la eximente incompleta y que no cabe imponer responsabilidad civil alguna.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar la presente sentencia, dado el número de asuntos pendientes en esta Sección.

## II - HECHOS PROBADOS

Son hechos probados y así se declaran los siguientes:

El día 20 de enero de 2003, sobre las 20:00 horas, Íñigo , de 18 años de edad en ese momento, soltero, persona que padece una parafilia tipo pedofilia, siguió al menor Octavio , que caminaba solo por la Plazuela de DIRECCION011 de Ourense. Cuando llegó a su altura, le cogió por el brazo y le manifestó que no gritara pues de hacerlo sacaría una navaja. Al mismo tiempo, Íñigo preguntó al menor dónde vivía para, una vez que lo supo, caminar detrás de él hasta el portal de la casa de éste, situada en el nº 15 de la c/ DIRECCION012 . Una vez dentro, cerca del ascensor, el acusado dice a Octavio que lo iba a violar, que no gritara y que accediera a lo que él pedía, momento en el que se inicia un forcejeo entre los dos, consiguiendo Íñigo bajarle los pantalones del chándal a Octavio y tocarle los testículos. Debido a los gritos del menor, salió en su ayuda un vecino del inmueble que los oyó, dándose a la fuga Íñigo , no sin antes haber intentado el menor agarrarle en ese forcejeo, siendo perseguido por el referido vecino hasta la calle DIRECCION013 , donde lo detuvo y entregó a los agentes de la Policía Local, cuya presencia había sido requerida previamente y que se trasladaron hasta ese lugar.

## III - FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Para el Ministerio Fiscal los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal en grado de tentativa y para la acusación particular tales hechos son constitutivos de un delito de agresión sexual tipificado en el artículo 178 CP, en relación con el art. 180, circunstancias 1ª, 3ª y 5ª, del propio Código Penal.

Por razones sistemáticas, se va a examinar, en primer lugar, si en el presente caso concurre alguna o algunas de las circunstancias del art. 180 del Código Penal a que se refiere la acusación particular. La primera circunstancia aludida es la enumerada en primer lugar en el citado precepto y que se refiere a los supuestos en que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. La violencia o intimidación, como elemento objetivo en el tipo penal de agresión sexual, es necesario que esté presente y es este elemento el que diferencia este delito del delito de abusos sexuales. Por violencia se viene entendiendo de forma pacífica que equivale a la fuerza física, es decir, al empleo de medios violentos aplicados a vencer la resistencia del ofendido. Por su parte, la intimidación equivale a la vis compulsiva o psíquica, es decir, supone servirse de cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento. Ambos elementos deben estar presentes de tal forma que, para el caso concreto, sea idónea y eficaz para conseguir el contacto sexual suprimiendo la oposición del sujeto pasivo sin necesidad de que ni la violencia ni la intimidación sean o se refieran a males supremos irreparables (S 1396/1999). En el caso que nos ocupa, tal y como en el acto del juicio oral reconoció el propio acusado, éste, tras haber seguido a Octavio , le manifestó que no gritara porque de lo contrario sacaría una navaja y obligó al menor con esta conducta a que le condujese al portal de la vivienda de la víctima. Se puede considerar tal comportamiento del acusado como bastante para amedrentar a la víctima y así ceder a sus pretensiones, pero no puede sostenerse, como la acusación particular, que se trate de una intimidación que reviste un especial carácter degradante o vejatorio, por lo que no procede estimar la concurrencia de la circunstancia del art. 180.1ª del Código Penal.

En el art. 180.3ª del Código Penal se recoge una circunstancia aplicable cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación. Bien es verdad que Octavio es un menor que fue perseguido hasta su domicilio y cuya libertad sexual fue atacada. Sin embargo, el extremo de la menor edad de la víctima no implica que se tratara de una persona especialmente vulnerable, ya que pudo forcejear con el acusado e, incluso, agarrar a su agresor para intentar retenerle hasta que llegase el vecino



que venía en ayuda de Octavio , a pesar de lo cual no lo consiguió y el acusado fue alcanzado momentos más tarde por el citado vecino de Octavio . De ésta declaración prestada por la víctima el día del juicio oral a preguntas del Ministerio Fiscal y del dato objetivo del forcejeo con el agresor, se deduce que la víctima no era una persona especialmente vulnerable.

Por lo que respecta a la circunstancia recogida en el artículo 180.5ª del Código Penal, que se refiere a que el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualesquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 del Código Penal, hay que decir que, si bien Íñigo manifestó a Octavio que no gritara pues de hacerlos sacaría una navaja, lo que incrementó el miedo en la víctima, lo cierto es que cuando el acusado es detenido por la Policía Local no llevaba ninguna navaja según el testimonio del agente de la Policía Local con carné profesional nº NUM001 , que manifestó que le ocuparon ninguna navaja al acusado en el momento del registro unido a que la víctima, tal y como reconoció y consta en el acta del juicio oral, no vio en ningún momento navaja alguna.

Por todo ello, no se puede atender la pretensión de la acusación particular de que se apliquen las aludidas circunstancias del artículo 180 CP en relación con el art. 178 CP, porque no se constatan su concurrencia en los hechos que estamos examinando.

SEGUNDO.- Hay que proceder a continuación a determinar si en el relato de hechos probados se aprecian los elementos típicos exigidos por el artículo 178 del Código Penal y necesarios para calificar la conducta del acusado como una agresión sexual.

En cuanto al elemento objetivo del tipo penal del art. 178 CP, se exige que se produzca una agresión sexual con violencia o intimidación que atente contra la libertad sexual de otra persona. Así, es necesario que exista una conducta o acción por parte del sujeto activo que se proyecte sobre el cuerpo ajeno, es decir, que exista un contacto corporal pero que no suponga un acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, porque en este último caso estaríamos ante el tipo del art. 179 del Código Penal. En el caso que nos ocupa, una vez que el acusado había seleccionado a su víctima y había conseguido que le llevara al portal de su casa por medio de la intimidación, una vez en el interior de dicho portal, sito en el nº NUM014 de la calle DIRECCION012 , se produjo una forcejeo entre ambos, logrando Íñigo bajar los pantalones del chándal del menor, cogiéndole los testículos y manoseándoselos. En esta acción de Íñigo se produce un evidente contacto con el cuerpo del menor Octavio , con tacto de naturaleza sexual, ya que existen tocamientos en la zona genital de la víctima. Dicho comportamiento es de una gravedad y trascendencia necesaria para afectar de forma relevante la sexualidad del menor. Íñigo , para llevar a cabo su propósito, empleó la fórmula de la intimidación ya que, como él mismo reconoció, una vez estaba a la altura del menor que caminaba solo por la Plazuela de DIRECCION011 , le manifestó "que no gritara pues de hacerlo sacaba una navaja". Este anuncio o advertencia que el acusado hace al menor es una amenaza de un mal inminente, grave, racional y fundado que fue capaz de anular los mecanismos defensivos de la víctima, que no tuvo más opción que conducirlo a su portal y así ceder a las exigencias del agresor.

Por lo que respecta al elemento subjetivo que exige el tipo del art. 178 CP, también concurre en el presente caso, por cuanto existe un evidente ánimo lascivo o lúbrico por parte del acusado. Este es un hecho perfectamente objetivable en tanto que Íñigo así se lo manifestó a la víctima y lo exteriorizó con los tocamientos antes referidos de naturaleza sexual, que son atentatorios de la libertad sexual de Octavio . En consecuencia, los hechos aquí enjuiciados deben ser calificados jurídicamente como un delito de agresión sexual del art. 178 del Código Penal y no como un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal en grado de tentativa. La agresión sexual, según los hechos declarados probados, no consistió en un acceso carnal, ni tampoco puede mantenerse que se diese ese ánimo en Íñigo , ya que no existe dato objetivo alguno que corrobore esta postura. Es más, consta en autos, según la declaración de la propia víctima, que Íñigo en ningún momento se bajó los pantalones. En este sentido no se puede entender la conducta como típica según el artículo 179 del Código Penal por no concurrir los elementos típicos exigidos por tal precepto penal. Así, no procede examinar si existe tal infracción penal en grado de tentativa, porque el iter criminis del acusado supone la consumación del referido delito de agresión sexual según el tipo básico del artículo 178 CP.

TERCERO.- Del mencionado delito es responsable criminalmente el acusado en concepto de autor, según los artículos 27 y 28 del Código Penal, por su participación personal, directa y voluntaria en su perpetración.

CUARTO.- En cuanto a si concurren o no circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se hace necesario examinar la capacidad de culpabilidad o imputabilidad del sujeto, para lo cual es preciso tener en cuenta todos los datos que se extraen del factum sobre el estado psicológico del acusado Íñigo . A este respecto, del informe emitido el 23 de junio de 2003 por los médicos forense Dª Paula y D. Augusto , que procedieron al reconocimiento de Íñigo , para emitir "informe sobre la evolución psiquiátrica y problemática sexual, así como su influencia en la imputabilidad del mismo", informe ratificado en el acto del juicio oral, se



extrae que el acusado padece una parafilia tipo pedofilia. Este es un trastorno de la sexualidad, en los que la conducta anómala se caracteriza por una desviación del objeto del deseo. Se subclasifica la parafilia como pedofilia porque en el caso de Íñigo existen impulsos sexuales intensos y recurrentes con comportamientos que implican actividad sexual con niños púberes. Este tipo de trastorno supone que el acusado mantenga en el momento de la comisión de los hechos la inteligencia y conciencia íntegra, viéndose modificada su capacidad de auto control. Ello significa que Íñigo cede ante la compulsión (pasa al acto), de manera que no existe crítica previa, es decir, el acusado no tiene la capacidad ni de valor ni de prever lo que va a realizar, ni las consecuencias positivas o negativas del acto que realiza. A mayores, según el informe que obra en autos y también ratificado en el acto del juicio, emitido por la perito D<sup>a</sup> Marí Jose , la pedofilia que padece el acusado es de carácter grave. Por tanto, según todo lo anterior, se puede concluir que la libertad volitiva de Íñigo está seriamente afectada. En este sentido, la jurisprudencia viene sosteniendo la aplicación de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica en los supuestos en que la parafilia concurre con otros factores que acentúen la misma y contribuyan, si cabe aún más, a mermar la voluntad del sujeto, como pueden ser el padecimiento de otro tipo de trastornos psíquicos o la toxicomanía o el alcoholismo ( SSTS, 15-02-1994, 08-02-1995, 24-10-1997). Pero en el caso del acusado no concurren otro tipo de trastornos psíquicos, ni consta condición en el mismo de toxicómano, ni de alcohólico ni de otras circunstancias que pudieran mermar todavía más su voluntad. No obstante, siendo cierta la minoración de su capacidad de autocontrolarse, procede la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6, en relación con los artículos 20.1 y 21.1, del Código Penal.

En atención a todo lo anterior, y según el art. 66.2<sup>a</sup> del Código Penal, en relación con el art. 178 del mismo Texto Legal, la pena privativa de libertad que se impone a Íñigo es la de treinta meses, ya que consta en las actuaciones resoluciones del Juzgado de Menores de Ourense en las que se adoptaron medidas respecto del acusado por anteriores agresiones sexuales.

QUINTO.- Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente ( art. 116 CP). En el caso que nos ocupa, se le impone a Íñigo la obligación de indemnizar a Octavio , en concepto de los daños morales ocasionados, en la cuantía de 600 euros.

SEXTO.- En materia de costas y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal y en el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede su imposición al responsable penal.

En atención a lo expuesto,

#### **FALLO:**

Condenamos al acusado, Íñigo , como autor responsable de un delito de agresión sexual con la concurrencia de la atenuante analógica, antes referidos, a la pena de treinta meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a Octavio en seiscientos (600) euros, en concepto de daños morales.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad es de abono el tiempo en que el acusado hubiese estado privado de ella por esta causa, si no se le hubiera abonado en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-