



AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sección Quinta

ROLLO número: 136/09

PROCEDIMIENTO ABREVIADO número: 329/09

JUZGADO DE LO PENAL número 3 de Barcelona

SENTENCIA nº

Iltmos. Sres.:

D^a Elena Guindulain Oliveras

D^a Beatriz Grande Pesquero

D. Augusto Morales Limia

En la ciudad de Barcelona, a 13 de octubre del año dos mil nueve.

La Sección Quinta de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, el procedimiento arriba indicado procedente del Juzgado de lo Penal también reseñado, por dos delitos de Agresión Sexual en grado de tentativa, los cuales penden ante esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Cristina Cornet Salamero en nombre y representación de Alejandro Martínez Singul, defendido por el Letrado Don Iván García Ayuso, contra la sentencia dictada en los mismos el día 25 de junio de 2009 por el Iltmo. Sr. Magistrado de dicho juzgado.

Ha sido ponente la Iltma. Sra. Doña Beatriz Grande Pesquero, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

Segundo.- Los hechos probados de la sentencia apelada son los siguientes: "Resulta probado que ALEJANDRO M.S. fue ejecutoriamente condenado por Sentencia firme de fecha 3 de diciembre de 1993, dictada por la Sección 9 de la Audiencia Provincial de Barcelona a la pena de 65 años de prisión por 5 delitos de violación, 5 delitos de agresión sexual y 4 delitos de agresión sexual en tentativa, que extinguió el día 20 de mayo de 2007. También resultó condenado a un año de prisión por Sentencia firme de 22 de septiembre de 2008, del juzgado de la localidad francesa de Montpellier por un delito de exhibicionismo.

Resulta probado que en torno a las 3,00 horas del día 10 de mayo de 2009, el acusado ALEJANDRO M.S. guiado de un ánimo de satisfacer sus deseos sexuales se aproximó a Paola A.V. y a Jessica M.A, cuando éstas caminaban hacia su domicilio desde la estación de metro de Hospital Clinic, desde la salida de la calle Villarroel, y comenzó a seguirlas a partir de aproximadamente la calle Córcega, a una distancia cada vez menor. Advertida su extraña presencia por las anteriormente citadas, que observaron atemorizadas que el acusado las seguía cada vez mas de cerca tocándose sus genitales, aceleraron el paso, a lo que respondió el acusado acelerando también.

Al llegar a su domicilio, situado en las proximidades de las mencionadas calles, las Sras Paola y Jessica, lograron acceder al portal del mismo, cerrando la puerta detrás de ellas y en la cara del propio acusado que intentó entrar empujando y golpeando la puerta con su pierna para lograrlo. Tras comprobar que no pudo cumplir su propósito y ver la puerta cerrada, el acusado permaneció en el lugar y comenzó a masturbarse mientras las miraba fijamente".

La parte dispositiva de la sentencia apelada es la siguiente: "Que debo **CONDENAR y CONDENO** a **ALEJANDRO M.S** como criminalmente responsable, en concepto de autor, de dos **delitos de agresión sexual en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia**, a la pena por cada uno de ellos, de un año menos un día de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y abono de costas.

ALEJANDRO M.S no podrá aproximarse a Paola A.V. y a Jessica M.A a su domicilio ni lugar de trabajo a una distancia inferior a 1000 metros durante 5 años.

ALEJANDRO M.S deberá a abonar a Paola A.V. y a Jessica M.A, la cantidad de 3000 euros a cada una, que en su caso devengarán los correspondientes intereses legales.



Tercero.- Admitido el recurso y de conformidad con lo establecido en el art. 790-6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siendo preceptivo el emplazamiento y comparecencia de las partes, se siguieron los trámites legales de esta alzada y quedaron los autos vistos para sentencia.

Cuarto.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se admiten y se dan por reproducidos en esta alzada los hechos probados de la sentencia recurrida, si bien el segundo párrafo queda como sigue: "Resulta probado que en torno a las 3,00 horas del día 10 de mayo de 2009, el acusado ALEJANDRO M.S. guiado de un ánimo de satisfacer sus deseos sexuales -que no se acredita que fuera mas allá de la propia automasturbación- se aproximó a Paola A.V. y a Jessica M.A, cuando éstas caminaban hacia su domicilio desde la estación de metro de Hospital Clinic, desde la salida de la calle Villarroel, y comenzó a seguir las a partir de aproximadamente la calle Córcega, a una distancia cada vez menor. Advertida su extraña presencia por las anteriormente citadas, que observaron atemorizadas que el acusado las seguía cada vez mas de cerca tocándose sus genitales, aceleraron el paso, a lo que respondió el acusado acelerando también."

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO: Alega el apelante sustancialmente, error en la apreciación de las pruebas y vulneración del principio de presunción de inocencia, dado que afirma, las declaraciones de los testigos han presentado contradicciones significativas, tanto en lo declarado por ellas en las distintas fases del procedimiento como por las versiones ofrecidas por cada una respecto a la otra. Señala que existe un hecho significativo, que es la hora en la que ocurren los hechos, las 2,45 y en la que se denuncia, las 4,00 horas, lo que asegura, evidencia que no existiera temor, alegando que a esa hora su defendido se hallaba en su domicilio con su madre y su padrastro. Añade que los reconocimientos carecen de valor probatorio.

Invoca infracción de ley pues lo que se califica como dos delitos de agresión sexual en grado de tentativa previsto en los arts. 178, 16 y 62 del Código Penal, no pasarían de ser mero



exhibicionismo, tratándose de una falta de vejaciones al no concurrir los requisitos respecto a los delitos por los que ha sido condenado.

En último lugar, alega infracción de ley de los artículos 109 y 116 del Código Penal, pues la existencia de los daños morales cuantificados en 3.000 euros para cada víctima, no han sido probados.

SEGUNDO: En relación a la primera y segunda de las alegaciones vertidas por la defensa, error en la valoración de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia, debe recordarse, que aunque en el recurso de apelación el Juez o Tribunal "ad quem" se halla autorizado a revisar la valoración probatoria efectuada por el Juez de Instancia, el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia, bajo los principios que rigen el proceso penal en el juicio oral, de inmediación, publicidad, contradicción y defensa, tiene como consecuencia que a quien corresponde la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia –artículo 741 de la L.E.Cr.- es a dicho Juez "a quo" y por ello deben respetarse sus conclusiones fácticas, salvo que carezcan de apoyo en el conjunto probatorio practicado a su presencia o se contengan contradicciones o incongruencias en su razonamiento o se haya practicado nueva prueba en segunda instancia que contradiga la que el juzgador a quo apreció en su sentencia.

De ahí, que cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones o pericias contradictorias, la determinación de cuál es la que debe predominar depende claramente de la inmediación con la que esta prueba es percibida por el juez de Instancia, sin que este Tribunal pueda alterar su apreciación, salvo que aprecie en sus conclusiones irracionalidad, arbitrariedad o error evidente.

Llegado el momento de la valoración de la prueba, el Tribunal ha de enfrentarse con el problema complejo de decidir qué es lo que está probado y en qué términos, siempre, no hay que decirlo, que la actividad probatoria haya advenido por cauces de legitimidad. Siendo en este punto donde incide la problemática de la presunción de inocencia, pues sólo cuando se haya producido actividad probatoria de cargo, es decir, de signo inequívocamente acusatorio y razonablemente suficiente, de forma procesal y constitucionalmente correcta, cabe dar como probado el hecho mismo y la participación del acusado (S.T.C. 229/1984, de 1 de diciembre).

La presunción de inocencia se sitúa, en el marco de los hechos respecto de los cuales pueden producirse consecuencias en el orden penal, y de la prueba de los mismos, no



alcanzando, por ello, el mencionado derecho constitucional a las valoraciones jurídicas o calificaciones que los órganos judiciales puedan establecer a partir de los hechos que, tras la actividad probatoria, queden establecidos como probados (S.T.C. 6/87, de 28 de enero y Auto T.C. de 30 de octubre de 1989).

En una reiterada y pacífica jurisprudencia el Tribunal Supremo tiene declarado (STS 175/2000, de 7 de febrero y 936/2004, de 17 de junio), que se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se condena sin pruebas, o éstas son insuficientes, o estas no son susceptibles de valoración, por su ilicitud o su irregularidad en la obtención y práctica de la prueba. También cuando la motivación de la convicción que el tribunal expresa en la sentencia es irracional o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica.

En el motivo segundo, la defensa denuncia esa vulneración de la presunción de inocencia, examina la prueba de cargo y considera insuficiente la declaración de las víctimas, en la que aprecia contradicciones.

La STS 13.12.06 recuerda que "el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

La alegación de su vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos



fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica y del criterio humano y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria.

La declaración de la víctima, desde planteamientos de carácter general, puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia del delito y con mayor razón aún cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva. Cautela que debe extremarse cuando se trata de hechos respecto a los que ha transcurrido un periodo de tiempo importante desde su comisión hasta la fecha de su denuncia. Es por eso que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada, y ese razonamiento debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar el conocimiento del acusado y la revisión en vía de recurso.

Sin embargo, hemos de establecer claramente que la jurisprudencia de esta Sala no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que si se demuestra su concurrencia haya de concluirse necesariamente que existe prueba de cargo y, por el contrario, si no se apreciaran, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe. Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos.

Así, se ha dicho que debe comprobarse que el testigo no ha modificado sustancialmente su versión en las distintas ocasiones en las que ha prestado declaración. La persistencia del testigo no ha de identificarse con veracidad, pues tal persistencia puede ser asimismo predicable del acusado, y aunque sus posiciones y obligaciones en el proceso son distintas y



de ello pueden extraerse algunas consecuencias de interés para la valoración de la prueba, ambos son personas especialmente interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido. Pero la comprobación de la persistencia en la declaración inculpativa del testigo permite excluir la presencia de un elemento que enturbiaría su credibilidad, lo cual autoriza a continuar con el examen de los elementos disponibles en relación con esta prueba. En caso de que la persistencia aparezca debilitada, por cualquier causa, el Tribunal deberá indagar las razones de tal forma de actuar, con la finalidad de valorarlas adecuadamente.

Igualmente ocurre respecto de la verificación de la inexistencia de datos que indiquen posibles razones para no decir la verdad, como puede ser la enemistad anterior, el odio, el deseo de venganza o similares, los cuales han de vincularse a hechos distintos de los denunciados, pues no es inusual que tales sentimientos tengan su origen precisamente en los hechos que se denuncian. Que no existan esas razones no supone que deba aceptarse necesariamente la versión del testigo, pero permiten excluir la existencia de motivos para no hacerlo.

Estos dos elementos, que deben ser comprobados por el Tribunal, permiten excluir la existencia de razones objetivas para dudar del testigo y hacen razonable la concesión de credibilidad. Aun cuando alguno de ellos concurra, puede ser valorado conjuntamente con los demás. Lo que importa, pues, es que el Tribunal que ha dispuesto de la inmediación, exprese las razones que ha tenido para otorgar credibilidad a la declaración del testigo.

El tercer elemento al que habitualmente se hace referencia, viene constituido por la existencia de alguna clase de corroboración de la declaración de la víctima, especialmente cuando tal corroboración es posible dadas las características del hecho concretamente denunciado. No se trata ya de excluir razones para dudar del testigo, sino, dando un paso más, de comprobar la existencia de motivos para aceptar su declaración como prueba de cargo y consiguientemente, establecer la superación de la presunción de inocencia".

La valoración de la prueba practicada en la instancia corresponde al tribunal que presidió el juicio oral. Y particularmente ha de ser así cuando se trata de apreciar la credibilidad de los testigos y de las declaraciones de los acusados, por exigencias del principio de inmediación procesal que tanta importancia tiene en estos casos como consecuencia de la oralidad del acto del juicio como se ha expuesto..."



Desde luego, no puede prevalecer sobre la valoración de la prueba que hizo el juez de instancia, la que en este recurso de apelación pretende ofrecernos la parte recurrente. La defensa se limita a tratar de sustituir la valoración probatoria de la sentencia impugnada por la propia y sesgada de la parte recurrente, con argumentos que carecen de toda consistencia suasoria y que se limitan en lo sustancial a insistir en la versión exculpatoria del acusado y a subrayar supuestas o reales contradicciones de detalle entre las declaraciones de los testigos de cargo, que en todo caso no bastarían por sí mismas para poner en entredicho su credibilidad sustancial en su conjunto.

La pretensión sustentada por la parte recurrente radica en sustituir el criterio imparcial del Juzgador "a quo", obtenido de la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas, plasmada como conclusión fáctica en los hechos probados que son premisa del fallo recurrido, por su propia, subjetiva y necesariamente interesada apreciación de la prueba, pretensión que no es acogible en esta alzada toda vez que la relación histórica del hecho enjuiciado no debe ser sustituida ni modificada en apelación, salvo cuando concurra alguno de los supuestos siguientes:

- 1º) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba;
- 2º) que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio y,
- 3º) que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Ninguno de los expresados supuestos concurren en el caso enjuiciado, en el que el Sr. Juez de lo Penal valoró correctamente la prueba y plasmó adecuadamente su convicción a la vista del contenido del video del juicio oral, siendo el "factum" un relato claro y preciso de lo que fue acreditado y probado en dicho acto y sin que como se dirá, haya quedado acreditado que el criterio de satisfacer sus deseos sexuales, fuera más allá de la automasturbación.

Efectivamente, el juzgador de primera instancia ha podido apreciar, con la ventaja de la inmediación vedada a este órgano de apelación, el testimonio inculpatario vertido en el acto del juicio. Así, el juzgado de instancia, expone en el fundamento de derecho primero de la resolución recurrida, el análisis del testimonio de las víctimas, contraponiéndolo al del acusado y complementándolo con el resto de pruebas practicadas, y con igual sustento lógico desecha la versión exculpatoria de éste en relación a que se hallaba en su casa y la capacidad del testimonio de su madre y padrastro para acreditar la versión del acusado por la relación que les une, no mereciéndole crédito al juez de instancia, por las razones que se motivan en el fundamento jurídico citado de la sentencia recurrida, y en las que esta Sala no



puede entrar a valorar y ser imposible de resolver en el trámite sin una previa repetición de la prueba, muy especialmente cuando, como en el caso acontece, se refiere a declaraciones de testigos, cuya "credibilidad" depende, esencialmente, de la tan repetida percepción directa por el órgano judicial de instancia, único que dispone de "inmediación" ante ellos pudiendo por ello apreciar y valorar en su exacta dimensión, los gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el deponente en su dicho (STS 22/03/95).

Subraya igualmente el "juez a quo" la validez de los reconocimientos efectuados por una de las víctimas Paola Patricia Athill Vasquez tanto en fotografía como en rueda como en el plenario con gran rotundidad, significando que el Ministerio Fiscal en el reconocimiento en rueda especificó -ante la protesta vertida por el letrado- que habían completado la rueda personas de semejantes características -lo que este Tribunal no puede valorar por no haberse aportado fotografías de la misma-, y si bien la otra testigo Jessica Martínez Amaya, no pudo identificarlo, sí facilitó características que se correspondían con las del acusado, siendo las declaraciones de ambas coincidentes y persistentes en lo fundamental respecto a que el acusado las siguió, que intentó penetrar en el portal y que se estaba masturbando. No existen además datos de que se conocieran con anterioridad o que actuaran movidas por odio, resentimiento o venganza, la corroboración viene determinada por la identificación del acusado que realizó una de las testigos quien lo manifestó así en el plenario con toda seguridad y las características físicas ofrecidas por la otra coincidentes con las de aquel. En este sentido, entre otras las STS 22.9.03 o 20.1.00 o el ATS 12.4.07 señalan que los reconocimientos por fotografía en sede policial son simples medios de investigación que permiten averiguar la identidad de la persona a la que el denunciante o testigo imputa el hecho, pero solo alcanza categoría de prueba auténtica el realizado en sede judicial con todas las garantías cuando quien realiza el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado y/o reconoce en el plenario al autor de los hechos, caso en que como señala la STS 5.2.03 su fuerza probatoria radica en la fiabilidad y credibilidad del testimonio de quien reconoce tras ser sometido a interrogatorio de las partes sobre dicha identificación. Paola identificó al acusado durante las distintas fases del procedimiento con toda rotundidad como la persona que las seguía y se masturbó. Tal reconocimiento, como se ha expuesto, se corrobora por otros elementos probatorios como la descripción física y de sus ropas dada por Jessica, coincidentes con las del acusado y ratificadas en el plenario. Abundando en ello, la STS 1849/2001, de 31 diciembre, señala "...conforme a la jurisprudencia de esta Sala (S. 386/1996, de 8-5), y del TC (S. 10/1992) los reconocimientos identificativos son una modalidad de testimonio, que, debidamente sometidos a contradicción en el acto del juicio, pueden ser valorados libremente por la Audiencia



enjuiciadora. Según el criterio de las sentencias de esta Sala 223/1998, de 3-9 y 1339/2001 de 7-7, la exigencia del art. 369 de que en las diligencias de reconocimiento en rueda se utilicen personas de características similares a las del que se pretende reconocer es un «desideratum» condicionado por la posibilidad de contar con individuos de circunstancias externas semejantes". Han sido por lo tanto las declaraciones de ambas mujeres, vertidas con las debidas garantías hábiles para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

La circunstancia de que los hechos ocurrieran a las 2,45 horas de la madrugada como alega el apelante en su escrito de recurso, y que la llamada a la policía se realizara a las 4,00 horas, no puede significar un mayor o menor temor como se afirma de contrario, suponiendo un estado en las víctimas que no puede determinarse y que muy posiblemente responda al estado de turbación en que se encontraban. El propio Mosso D'Esquadra que declaró en el plenario no recuerda la hora exacta en que se produjo esa llamada, y manifestó, que quizás la hora que se constata puede consignarse con un margen de tiempo.

Sobre esta base cognitiva, el Magistrado a quo ha formado una convicción racional sobre la realidad de lo sucedido, acudiendo a un juicio comparativo de credibilidad entre las contrapuestas versiones del implicado y testigos, sustentado en una valoración probatoria por completo razonable y detalladamente motivada, no exenta de pautas objetivas de valoración y en la que no cabe apreciar, sino al contrario, ninguna infracción de las reglas de la lógica, de la experiencia o de la crítica probatoria.

En estas condiciones, este órgano de apelación, privado, como se ha dicho, de la intermediación imprescindible para una adecuada apreciación de las pruebas personales, carece de fundamento válido para apartarse del juicio relativo de credibilidad, razonable y razonado, que han merecido al Sr. Juez de lo Penal unas declaraciones que sólo el, y no el Tribunal que ahora resuelve, ha podido "ver con sus ojos y oír con sus oídos", en gráfica expresión de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 2 de febrero de 1989. Como señala el mismo Tribunal Supremo en la sentencia 1443/2000, de 20 de septiembre (FJ.2), la percepción sensorial de la prueba está regida por la intermediación y no puede ser revisada por un tribunal que no haya percibido directamente la prueba; pues sólo el órgano judicial que ha presenciado el juicio oral puede valorar la prueba a ese primer nivel.

En el mismo sentido, la sentencia del mismo Tribunal 1960/2002, de 22 de noviembre, reafirma que "especialmente cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de manera que la determinación de la credibilidad que



corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia en virtud de la intermediación, sin que su criterio pueda ser sustituido (...) salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por el Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria".

En definitiva, por cuanto se lleva expuesto entiende este Tribunal de apelación, que la prueba practicada en el acto del juicio permitía al Magistrado a quo alcanzar la convicción racional de que el acusado apelante realizó los hechos que se le imputan sin margen de duda razonable, como exige su derecho constitucional a la presunción de inocencia, y que la valoración probatoria en que se asienta tal conclusión es irreprochable; de suerte que los dos primeros motivos del recurso, articulados por supuesto error probatorio y vulneración del principio de presunción de inocencia deben ser desestimados.

TERCERO: Invoca en tercer lugar el apelante, infracción de ley, pues asegura que lo que se califica como dos delitos de agresión sexual en grado de tentativa previstos en los arts. 178, 16 y 62 del Código Penal, no pasarían de ser mero exhibicionismo, tratándose de una falta de vejaciones al no concurrir los requisitos respecto a los dos delitos por los que ha sido condenado.

Asiste la razón al recurrente. Tal hecho no puede calificarse como agresión sexual en grado de tentativa.

La STS 8.2.07 señala que "Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, "hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las



circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquel. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas".

En el caso sometido a nuestra consideración, se cuestiona la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia sobre el ánimo que guiaba al acusado, y ciertamente hay que deducir tal voluntad o ánimo del sujeto mediante una prueba indirecta e indiciaria, a través del correspondiente juicio axiológico o de valor, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración de hecho, teniendo en cuenta además cuantos actos del imputado, anteriores, simultáneos o posteriores a la acción, permitan esclarecer sus pensamientos. En este caso, con respeto a los hechos probados, la acción del acusado se centra en perseguir a las dos jóvenes mayores de edad, desde la salida del metro, hasta el lugar donde ellas viven, al mismo tiempo que se tocaba sus genitales. Cuando ellas logran acceder al portal, cierran la puerta, momento en el que el acusado intenta entrar empujando la puerta con su pierna no lográndolo, y se queda detrás de la puerta cerrada, comenzando a masturbarse mientras miraba a las mujeres.

Se niega que el recurrente pretendiera tener acceso carnal con las jóvenes y que su conducta podía responder a otros fines distintos como serían la simple masturbación frente a las víctimas, o incluso la exhibición de sus genitales. Y así es, pues atendiendo el relato de hechos, no se puede concluir que el ánimo sexual que en el caso guiaba al acusado excediera del exhibicionismo (automasturbación). También el recurrente trata de poner de manifiesto que los hechos no pueden ser calificados de agresión sexual, por no existir violencia o intimidación.

El núcleo del motivo radica en combatir la existencia de cualquier género de violencia física y la utilización de algún medio intimidatorio para conseguir una relación sexual.



A este respecto, la STS 19.3.04 señala que "La jurisprudencia de esta Sala ha considerado general que la violencia a la que se refiere el artículo 178 del Código Penal, que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual, equivale a acometimiento, coacción o imposición material (STS núm. 1145/1998, de 7 de octubre y STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre), al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima (STS núm. 409/2000, de 13 de marzo) y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto...". La STS 12.4.99 determina que la violencia y la intimidación suponen, respectivamente, la conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma penal. Dicha conducta debe ser relevante, jurídicamente típica, y ejercerse de forma in consentida, pues de mediar consentimiento la conducta carecería de la nota de relevancia penal, es decir, carecería de la entidad suficiente para limitar la voluntad del sujeto pasivo que la recibe, pues no ha de olvidarse que en la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, precisamente, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al acto al que, precisamente por la violencia, ha de soportar. La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en la modalidad de la acción coercitiva, pues la violencia consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo en defensa del bien jurídico bajo su ámbito de dominio, en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien que se pretende agredir". Igualmente las STS 30.3.99 y 20.9.99 recuerdan que la violencia o intimidación típica es aquella instrumental al ataque, ordenada de medio a fin, pues la intimidación no dirigida a la agresión debe ser calificada de forma independiente al ataque".

La condena se refiere a dos delitos de agresión sexual en grado de tentativa.

Como señala el artículo 16.1 C.P. hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P.



Como ya dijo esta Audiencia (Sección Segunda) en su auto nº 346 de diecisiete de junio de 2009 que revocaba la prisión ordenada por el juzgado de instrucción respecto al imputado Alejandro Martínez Singul y acordaba su libertad en referencia a la tentativa: desde un punto de vista objetivo material, los criterios objetivos de valoración del plan del autor son dos, de un lado, la puesta en peligro inmediata del bien jurídico, y de otro lado, la inmediatez temporal. El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, en tanto el segundo lo afirma cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica si el tipo describe una sola conducta o en los tipos que describen varios actos cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo, siendo este último criterio, el de la inmediatez temporal, especialmente eficaz en los supuestos dudosos. Tal como destaca la STS 2227/2001 de 29 de noviembre, la inmediatez temporal (como comienzo de los actos de ejecución y, por ende, de la tentativa) supone la necesidad de que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica cuando ésta se ejecute en un solo acto o, en otro caso o de alguno de los actos que la integran cuando la conducta típica suponga varios actos como sucede en el supuesto de autos.

El relato de hechos probados, único marco en el que podemos movernos, nos dice que el acusado siguió a las denunciadas, que intentó penetrar en el portal poniendo la pierna en la puerta sin conseguirlo, y que observaron como se masturbaba tras la puerta cerrada.

Bien es cierto, que el acusado, es una persona que posee un historial delictivo prolijo en delitos contra la libertad sexual, que ha cumplido una larga condena por ellos y que ha sido detenido con posterioridad tras su salida de prisión y que personas como el, deberían estar sometidos a un tratamiento adecuado a sus características en centros apropiados, lo que sin embargo, ni está en manos de este Tribunal, ni es materia de este recurso, no obstante todo ello, debemos examinar el caso concreto sometido a nuestra consideración. Hemos de tener presente, que en el ámbito penal, no caben las presunciones por estar proscritas, y que por lo tanto, no pueden examinarse en este supuesto que analizamos, suposiciones de lo que hubiera pasado si el acusado hubiese penetrado en el portal. No podemos adivinar el alcance de sus intenciones sexuales, si tal vez hubiera seguido exhibiendo sus órganos genitales y continuar masturbándose, si bien se hubiera dirigido con violencia o intimidación a alguna de las víctimas o a ambas con ánimo de agredirlas sexualmente, o de cometer algún acto que sin violencia o intimidación, atentare contra la libertad sexual de alguna de ellas o ambas



cometiendo entonces un delito de abuso sexual, o por qué no, si hubiera decidido marcharse. Descartado lo que presumimos que acontecía en el arcano del acusado lo que nos lleva al ámbito de las conjeturas, en el supuesto presente -y es lo que aquí juzgados-, es que siguió a las testigos y se masturbó delante de ellas.

Es evidente que hasta aquí, el relato no aporta ningún elemento para considerar que hubo violencia o intimidación en su acción. Quizás pudiera pensarse que pudiera existir un signo de violencia cuando la sentencia dice que intentó entrar empujando la puerta con su pierna, referencia escueta y desprovista de cualquier otro aditamento que pudiera complementarlo, pero la violencia o intimidación típica, como ha quedado expuesto, es aquella instrumental al ataque, ordenada de medio a fin, la utilización de la violencia o la intimidación tiene un carácter funcional y está encaminada a conseguir torcer la voluntad de la víctima agredida para que acceda a cualquier clase de relación sexual, implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima y en el caso que examinamos, no hubo ningún signo de violencia o intimidación contra la persona de las víctimas previa e inminente al ataque, y tan solo hubo un seguimiento y la masturbación, es claro, por lo tanto, que tal forma de actuar no puede integrar los dos delitos de agresión sexual en grado de tentativa que se imputan al acusado.

A la vista de lo expuesto nos queda, como único elemento de fuerza, que el acusado empujó la puerta, lo que evidentemente no constituye, si nos atenemos a su contenido estricto, una fuerza cualificadora para integrarla en el delito de agresión sexual.

No puede inferirse pues del relato fáctico, que el acusado hubiese violentado o intimidado a las víctimas para doblegar su voluntad y pese a ello, no hubiera podido consumar su propósito. Esa situación no facilita la presencia de los elementos que caracterizan un delito de agresión sexual en cuanto no se describe una clara situación de intimidación (s 1796/2002 de 25.10). La intimidación debe ser seria previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado (s 130/2004 de 9-2 y 1164/2004 de 15-10). El miedo de la víctima no transforma la acción en intimidatorio cuando la misma por si no tiene ese alcance objetivamente (STS 224/2005 de 24-2). Y aquí el temor que sintieron ambas mujeres cuando eran perseguidas, no tiene per se, efectos jurídico penales para ser calificado como intimidación a los efectos de considerar la existencia de un delito de agresión sexual.

En el presente caso, el acusado no cometió actos de violencia o intimidación con la exhibición y masturbación de sus órganos genitales puesto que la violencia o intimidación



se repite, solo es aquella instrumental al ataque. No se puede sostener, -como se dijo en el auto mencionado- como única conclusión lógica racional y conforme a las reglas de la experiencia humana común, que el acusado con su conducta había dado comienzo a la ejecución de dos delitos de agresión sexual.

En resumen no ha podido acreditarse, que los hechos integren los delitos de agresión sexual en grado de tentativa por los que ha sido condenado.

CUARTO: Sin embargo, los hechos si constituyen dos Faltas de vejaciones injustas. El artículo 620.2º del Código Penal castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, consistente en este caso, en masturbarse ante personas que ni lo desean ni lo consienten. El bien jurídico protegido no es otro que el derecho a no sufrir injerencias no deseadas en una esfera de la intimidad tan exclusiva de la persona, a no verse por tanto inmersa en una acción o escena sin su consentimiento, con posible perjuicio en su indemnidad sexual y en el ejercicio de su libertad en este aspecto de su intimidad.

Esta conducta de exhibicionismo en presencia de personas mayores de edad, no está considerada por el legislador como ataque contra la libertad sexual y quedó eliminada en su modalidad delictiva tras la entrada en vigor de la LO 10/95 de 23 de noviembre. Únicamente prevalece en el actual Código Penal en el artículo 185 si se realiza ante menores de edad o incapaces. Así, el Código Penal de 1973 establecía en su art. 431 "El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas de arresto mayor, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación especial."

Si el ofendido fuere menor de veintiún años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo".

En la diferenciación entre el delito y la falta, distintos puntos de vista doctrinales han estudiado la cuestión que ahora analizamos:

El delito de abuso sexual protege como bien jurídico -en el caso de mayores de edad- estrictamente la libertad sexual. Siendo sus rasgos característicos los siguientes:

Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamientos impúdicos de cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual.



Dicho elemento puede verificarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo de la víctima, como con maniobras que esta realice sobre el cuerpo de aquel.

Un elemento subjetivo expresado por el "ánimo libidinoso" consistente en la satisfacción sexual (Set. Del T.S. d 7 de mayo de 1998 y 20 de julio de 2001).

La doctrina del Tribunal Supremo rechaza la calificación de vejación injusta cuando está presente un ánimo lúbrico. Ya con el Código anterior la sentencia de 9 de diciembre de 1992, que a su vez recogía la doctrina de otras sentencias anteriores, declaró que la diferencia entre el delito de agresión sexual (antes abusos deshonestos) y la falta que entonces describía el art. 585,4º, "radica en que el delito, prescindiendo de su mayor o menor duración, aparece integrado por la acción proyectada sobre el cuerpo de persona ajena, y por el elemento intencional o psicológico representado por la finalidad lúbrica", de modo que "la doctrina de esta Sala para la distinción o separación entre la infracción delictiva y su figura venial ha entendido que con el delito se ataca de modo primordial la libertad sexual del sujeto pasivo", y que la conducta no puede calificarse de falta cuando "se da la nota añadida del ánimo lúbrico, que rebasa el simple ataque a la libertad (aquí sexual), y que no se da en la falta".

Esta doctrina se mantiene en la actualidad. Así se dice, por ejemplo, en la sentencia 416/1997, de 24 de marzo, según la cual este ánimo es precisamente característico de los abusos sexuales y está ausente de la falta de vejación, la cual, tanto desde el punto de vista gramatical como penal, es más un ataque al honor que a la libertad o indemnidad sexual. Pero incluso dentro del terreno de los actos con un trasfondo sexual, el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia 1241/97, de 17 de octubre, ha estimado para que una agresión o ataque sexual pueda ser derivada hacia el capítulo de las faltas en su modalidad de vejación injusta de carácter leve, es necesario que se den una serie de circunstancias: "En primer lugar -dice el Tribunal Supremo- nos tenemos que encontrar ante un ataque de carácter verbal o material en el que el sujeto activo se limita a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente y sin que sean sugerentes de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona". De este modo, serían calificables conforme a esta falta "los leves tocamientos externos a través de la ropa con carácter fugaz o casi subrepticio", o actos de naturaleza semejante, en los que no existen "datos de hecho de carácter complementario, que exteriorizan un propósito más firme y agresivo".



Afirma también el Tribunal Supremo que sería contrario a los principios de proporcionalidad de la pena que cualquier acto de tocamiento con animo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva de abuso sexual, pues en el caso de tocamientos fugaces con escasa entidad del dolo y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta como en algunos casos ha venido considerando la jurisprudencia (Set. Del T.S. de 17 de julio de 2000) -.

El Auto del TS de 8 de septiembre de 1999 señalaba "...para la distinción o separación entre infracción delictiva de abusos deshonestos -hoy agresiones sexuales- y su figura venial, ha entendido que con el delito se ataca de modo primordial la libertad sexual del sujeto pasivo, estimando en todo caso, como infracción grave, el hecho de, abordar a la víctima con los órganos genitales al descubierto, pretendiendo besarla y tocarla, sin que pueda conceptuarse como falta en la única figura posible por la fecha de los hechos. Vid., entre otras, SS. 18 enero 1984, 23 septiembre 1987 y 23 diciembre 1991". En el mismo sentido, la jurisprudencia, desde antiguo, diferenció la infracción grave de las agresiones sexuales de la falta de vejación leve atendiendo no sólo a criterios cuantitativos de gravedad en el delito y de levedad en la falta, sino también a módulos cualitativos deducidos del bien jurídico protegido en cada una de dichas especies punitivas, atacándose primordialmente en el delito a la libertad sexual del sujeto pasivo, en tanto que en la falta prevalecía la trascendencia a las buenas costumbres o a la decencia pública, dentro de un marco de levedad en el tenor de la conducta atribuida a agente, liviana infracción afectante a la moralidad colectiva. Vid., entre otras, SS. 20 diciembre 1980 y 7 marzo, 23 septiembre 1987 y 28 marzo 1990".

La STS 76/2005, do 28 de enero, partiendo del relato fáctico de que el acusado abordara a una mujer, a la que venía siguiendo la agarró por los brazos, procediendo a masturbarse delante de ella hasta que ésta le propinó un golpe con una maleta que llevaba provocando su huida del lugar, recordaba que: "El relato fáctico refiere un acto de violencia, la agarró de los brazos, y un acto contra la libertad sexual, la obligación de presenciar un acto de contenido sexual efectuado contra la voluntad de la víctima compelida por la fuerza empleada en la comisión del hecho. Plantea el recurrente el interesante problema de la conceptualización de la intimidación en el delito de agresión sexual. La STS 12.4.99 refiere que la violencia y la intimidación suponen, respectivamente, la conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma penal. Dicha conducta debe ser relevante, jurídicamente típica, y ejercerse de forma in consentida, pues de mediar consentimiento la conducta carecería de la nota de relevancia penal, es decir, carecería de la entidad suficiente para limitar la voluntad del sujeto pasivo



que la recibe, pues no ha de olvidarse que en la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, precisamente, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al acto al que, precisamente por la violencia, ha de soportar. La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en la modalidad de la acción coercitiva, pues la violencia consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo en defensa del bien jurídico bajo su ámbito de dominio, en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien que se pretende agredir".

Por su parte la STS 19.3.04 determinaba que "En la sentencia impugnada, tal y como se reconoce en el motivo, se describe la actuación del recurrente en los hechos de los apartados a) y b). En ellos se declara probado que, agarrando la mano de la víctima, la utilizó para masturbarse mediante el empleo de la fuerza física, venciendo así la resistencia de aquella manifestada de modo expreso. Es claro, por lo tanto, que tal forma de actuar impidió a la víctima actuar según su libre determinación, y que los actos de inequívoco contenido sexual ejecutados por el autor solo pudieron llevarse a cabo mediante el empleo de fuerza física para doblegar la voluntad contraria de aquella, con lo que se pone de manifiesto la existencia de la violencia exigida por el artículo 178 del Código Penal".

La STS 5.10.07 enseñaba que: "La jurisprudencia de esta Sala, en algunos precedentes, ha situado la línea delimitadora del abuso sexual frente a la falta de coacciones o vejaciones injustas, en el ánimo lúbrico que ha de concurrir en el primero de los delitos y que, sin embargo, está ausente en la falta (cfr. STS 416/1997, 24 marzo y ATS 12 mayo 2000). También ha proclamado que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2 CP (cfr STS 909/2002, 25 de mayo).

Incluso en otras ocasiones, sin embargo, ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual. Resulta obligado atender a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes. En tales casos, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta, (SSTS 6 diciembre 1956, 1302/2000, 17 de julio y 949/2005, 20 de julio).



Aplicando tales criterios al supuesto de hecho enjuiciado, en el que ni siquiera se describe que el beso llegara a consumarse, parece más oportuno y acorde con la porción de injusto abarcada por la falta prevista en el art. 620.2 del CP, sancionar la conducta del recurrente con arreglo a las penas previstas en esta última”.

La SAP de Sevilla 7.12.07 se refería un supuesto relativo a la diferencia entre la figura de los abusos sexuales y la falta de vejaciones injusta, señalaba que:”La doctrina dominante, coincide en entender que el tipo de los abusos sexuales exige un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo libidinoso del autor. Siendo cierto que se trata de un delito de tendencia interna trascendente, lo que configura el tipo subjetivo de los abusos sexuales no es propiamente la finalidad del autor de obtener un placer sexual propio (elemento que ni siquiera implícitamente puede descubrirse en la descripción típica, a diferencia de lo que ocurría con los antiguos delitos de abusos deshonestos), sino la intención del sujeto activo de involucrar a la víctima en un contexto sexual indeseado por ella; de suerte que lo que importa para la integración del tipo subjetivo es que el sujeto persiga la realización de una conducta de contenido sexual, con conciencia de que lo es, con independencia del móvil último que le impulse a la realización de tales maniobras sexuales, sea propiamente lascivo, vindicativo, vejatorio o cualquier otro. Y en el caso de autos, la finalidad sexual, en el sentido expuesto, de la conducta del apelante se trasluce del propio carácter inequívocamente sexual de las manipulaciones sobre zonas erógenas de las víctimas”.

La doctrina antes expuesta proyectada sobre el caso ahora examinado y valorando la conducta desplegada el día de autos por el acusado Martínez Singul, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la secuencia de los hechos, entendiendo que el bien jurídico protegido no es otro que el derecho a no sufrir injerencias no deseadas en una esfera de la intimidad tan exclusiva de la persona, a no verse por tanto inmersa en una acción o escena sin su consentimiento, con posible perjuicio en su indemnidad sexual y en el ejercicio futuro de su libertad en este aspecto de su intimidad, atendiendo asimismo la inexistencia de violencia o intimidación en la acción del acusado y la ausencia de todo acto que involucrara a las víctimas, hemos de concluir con que nos hallamos antes dos faltas de vejaciones injustas. Efectivamente, en el presente caso, el acusado, ni siquiera puso las manos sobre ninguna de las víctimas Paola y Jessica de 25 y 24 años respectivamente, ni las rozó, ni las tocó ni en partes íntimas por encima, ni en ningún lugar de su cuerpo, sin que del hecho de masturbarse en su presencia se infiera un propósito de involucrar a las jóvenes en un contacto sexual no deseado como se ha argumentado, que permita incardinar los hechos en



la tentativa de los delitos de agresión sexual por los que el apelante ha sido condenado en la instancia.

Debe pues prosperar el recurso de apelación formulado en el sentido de absolver al acusado de los dos delitos de agresión sexual en grado de tentativa por los que ha sido condenado en la sentencia dictada en primera instancia, en el sentido de declarar los hechos probados constitutivos de dos faltas de vejaciones injustas (artículo 620.2 del Código Penal).

Y en el presente caso no se conculca el principio acusatorio, al no suponer agravación de ningún tipo por la transformación de un delito en dos faltas y configurarse las faltas sobre la base de los hechos que se han declarado probados, en relación a los que el acusado pudo defenderse. Al respecto, como se dice en la sentencia del TS de 21 de marzo de 2002, "el de homogeneidad es un concepto, desde luego, normativo, pero no de carácter exclusivamente sustantivo, con el que haya que operar por la mera comparación en abstracto de los rasgos estructurales de dos tipos penales, para verificar su grado de simetría en el plano formal. En efecto, se trata de una categoría con claras implicaciones sustantivas, pero destinada a cumplir un papel eminentemente procesal, consistente en facilitar la comprobación de si, en el caso concreto, tomado el hecho objeto de la acusación y el delito por el que ésta -erróneamente- se produjo, cabría o no decir que el acusado pudo defenderse adecuadamente en la perspectiva de una condena con apoyo en el precepto que, en realidad, habría debido invocarse al solicitarla.....Una vez comprobado que la acción imputada se hallaba plenamente comprendida en los términos de la acusación, se trata de ver si pudo estarlo también en la estrategia de la defensa tal como debió de haber sido planteada a tenor de la formulación de aquélla. Y en este punto resulta que tanto la denunciante como el denunciado fueron interrogados en concreto sobre lo dicho por éste y acerca de la posible existencia de un arma blanca en su poder. Por tanto, no cabe la menor duda de que el derecho de defensa no padeció en lo más mínimo y buena prueba de ello es que el propio recurrente, más allá de la comprensible protesta en abstracto, no ha podido precisar ninguna consecuencia concreta del modo de operar de la sala..."

Al acusado se le imponen las penas de veinte días de multa por cada falta, máxima posible para este tipo de falta, atendidos los antecedentes penales que le constan -los últimos por el mismo tipo de hechos ante una menor de edad-, así como el peligro que representa para la sociedad y la evidencia de que hasta la fecha, no ha mostrado ningún cambio de actitud y no se ha rehabilitado. La cuota de multa a imponer se cifra en 5 euros, atendido que no le consta trabajo alguno de conformidad con lo dispuesto en los arts. 50.5 y 52.2 ambos del



esto es el art. 50.5: "Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del cap. II de este título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo" y art. 52.2.: "En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable".

Se mantiene la medida de prohibición de aproximación a las víctimas prevista en el art. 48 según lo dispuesto en el art. 57.3 por el tiempo máximo que en tal precepto se determina de seis meses.

QUINTO: Se invoca finalmente por la defensa infracción de ley de los artículos 109 y 116 del Código Penal, al afirmar que la existencia de los daños morales cuantificados en 3.000 euros para cada víctima, no han sido probados.

Al respecto ha de invocarse lo señalado jurisprudencialmente sobre el caso.

El ATS de 12.5.00 determina que: "En cuanto a la impugnación de la indemnización económica, se ha de señalar que el art. 115 del nuevo Código Penal establece que "los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución". La necesidad de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 C.E.), puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, respecto de la responsabilidad civil "ex delicto" (v. ss. T.C. 78/1986, de 13 de junio y la de 11 de febrero de 1987), y por esta Sala (v. ss. de 22 de julio de 1992, 19 de diciembre de 1993 y 28 de abril de 1995, entre otras), impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sus sentencias, precisando -cuando ello sea posible- las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación); pero como señala la STS 24/03/97 no cabe olvidar que, cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias



personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

En el presente caso, el tribunal de instancia motiva en el fundamento de derecho sexto de su resolución la imposición de indemnización por los perjuicios morales causados a la víctima. Para fijar su cuantía atiende a que el ataque a la libertad sexual fue "...el menos grave de los posibles, que del mismo no se han derivado secuelas de ningún tipo a la víctima, y que ésta, no obstante, ha tenido que soportar con posterioridad al hecho una carga personal a consecuencia del injusto (rememoración del suceso ante el Juez de Instrucción y en el juicio)...", concretando la indemnización en 100.000 pesetas.

La indemnización, no supera la petición formulada por la acusación, y las bases en que se apoya la sentencia recurrida para su fijación no pueden tacharse de arbitrarias, ni desproporcionadas".

La STS 14-11-2001, ha expuesto una breve pero contundente doctrina: «en la determinación del daño moral los tribunales no necesitan exponer los criterios de valoración cuando las circunstancias que consideran tales surgen con claridad del hecho probado. En tales circunstancias el control en casación se limita a comprobar si la traducción de la gravedad de los hechos en sumas de dinero no es arbitraria».

La STS 25.5.02 señala que "La cantidad de ptas. 500.000.- ha sido establecida como daño moral. Por lo tanto, carecen de toda fuerza de convicción los argumentos basados en la existencia de diversas secuelas psicológicas de las víctimas, que no se deben considerar en el marco de la determinación del daño moral, referido a una entidad ideal del daño, que en este caso concreto no aparece como manifiestamente desproporcionado.

Tampoco es posible tomar en cuenta la alegación referida a la edad del autor, como lo propone la Defensa. En efecto, la edad del acusado es irrelevante, pues el daño moral tiene su dimensión en el ámbito propio de la víctima y, por tal razón, se debe establecer con finalidad reparadora y sin ninguna vinculación punitiva".

Por lo tanto, en orden a las responsabilidades civiles los responsables criminales de un delito o falta, lo son también civilmente, con la extensión determinada y el carácter expresado en los arts. 109 y ss., así- como los arts. 116 y concordantes del Código Penal, estimándose, como se ha argumentado y como determina la Jurisprudencia de forma conocida, pacífica y reiterada, que los hechos como los ahora enjuiciados, determinan el sufrimiento por la ofendida de un daño moral "per se" de forma inherente y connatural a la ofensa. En el caso



Presente no existe duda sobre el carácter vejatorio de dichos actos y sobre su impacto psicológico que debe ser reparado. La decisión del "juez a quo" debe ser respetada, no existiendo la omisión que la defensa invoca, tratándose de daños morales de difícil, por no decir imposible, fijación de las bases de valoración, atendido igualmente que los testigos manifestaron que tuvieron miedo y así lo pone de manifiesto la sentencia significando el juez que aún sufren las consecuencias y que persisten los daños. Razón por la cual procede la condena al acusado a responder por dicho daño moral causado a cada víctima mediante el abono de una indemnización que no obstante se cifra en la cantidad de 2.000 Euros, con aplicación del art 576 de la LEC, habida cuenta que los hechos son constitutivos de falta.

SEXTO: Por lo dicho, procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto declarando de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos aplicables al caso y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que con **estimación parcial** del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Alejandro Martínez Singul** contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2009, dictada en el curso del procedimiento abreviado número 329/09 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** el fallo de aquella sentencia en el siguiente sentido: Se condena a **ALEJANDRO MARTÍNEZ SINGUL** como autor responsable de **dos faltas de vejaciones injustas**, a la pena por cada una de ellas, de veinte días de multa con una cuota diaria de 5 euros, lo que hace un total por cada una de ellas de 100 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas y abono de costas.

ALEJANDRO MARTÍNEZ SINGUL no podrá aproximarse a Paola A.V. y a Jessica M.A a su domicilio ni lugar de trabajo a una distancia inferior a 1000 metros durante 6 meses.

ALEJANDRO MARTÍNEZ SINGUL deberá abonar a Paola A.V. y a Jessica M.A, la cantidad de 2.000 euros a cada una, que en su caso devengarán los correspondientes intereses legales.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese en debida forma a las partes la presente sentencia.

Llévese el original al legajo correspondiente haciendo las anotaciones oportunas en los libros de este Tribunal.



Devuélvase las actuaciones originales al Juzgado de procedencia acompañadas de testimonio literal de la presente resolución a los efectos legales oportunos, de lo que se recabará acuse de recibo para constancia en el Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.