



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00086/2022

-

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N
Telf: 981184876 Fax: 981184887
Correo electrónico:
Equipo/usuario: KD

Modelo: 001100

N.I.G.: 36005 41 2 2020 0000017

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000063 /2022

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000072 /2021

RECURRENTE: AAA

Procurador/a: IAGO ESPASANDIN BARREIRO

Abogado/a: JOSE IGNACIO LORENZO RUBIN

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA. SALA CIVIL Y PENAL

APELACIÓN RESOLUCIONES DEL ART. 846 TER LECRIM 63/2022

SENTENCIA N° 86/2022

Excmo. Sr. Presidente:

José María Gómez y Díaz-Castroverde

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Varela Agrelo

Don Carlos Suárez-Mira Rodríguez - Ponente

A Coruña, 16 de septiembre de 2022

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación (Rollo 63/2022) el Procedimiento Abreviado seguido en la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (rollo número 72/2021), partiendo de la causa que con el número 4/20 tramitó el Juzgado de Instrucción número 1 de Caldas de Reis por delito de abusos sexuales contra el encausado **AAA**. Son partes en este recurso, como apelante, el mencionado encausado y condenado, representado por el procurador don Iago Espasandín Barreiro y asistido por el letrado don José Ignacio Lorenzo Rubín y como apelado el Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Carlos Suárez-Mira Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada con fecha 21 de marzo de 2022 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra contiene el siguiente fallo:

«Que debemos condenar y condenamos al acusado D. AAA como responsable, en concepto de autor, de un delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 185 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de prohibición de acercarse y aproximarse a menos de 300 metros de Dª BBB y Dª CCC, de su domicilio, centro escolar, centro de trabajo o de cualquier lugar en el que se encuentren o que frecuenten, y a la pena de prohibición de comunicarse con Dª BBB y Dª CCC por cualquier medio ya sea verbal, escrito, postal, telefónico, telemático, telegráfico, informático, en ambos casos por un periodo temporal de 3 años, y al pago de ¼ parte de las costas procesales.

Y debemos absolver y absolvemos al acusado de los de delito de agresión sexual en grado de tentativa, delito continuado de abuso sexual, y dos delitos de amenazas condicionales».

SEGUNDO.- La representación procesal del encausado interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia y el Ministerio Fiscal lo impugnó.

TERCERO.- Mediante providencia de 4 de julio de 2022 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio



de particulares de los autos, designándose Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. D. Carlos Suárez-Mira Rodríguez.

CUARTO.- La Sala, por providencia de 5 de septiembre de 2022, señaló el siguiente 8 de septiembre para deliberación, votación y fallo del recurso.

QUINTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones y formalidades legales.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

HECHOS PROBADOS

No se acepta el relato fáctico de la sentencia recurrida, que se sustituye por el siguiente:

Se declara probado que entre los meses de enero a marzo del año 2019, el acusado, D. AAA, quien desde febrero del año 2016 convivía en el domicilio familiar de su compañera sentimental D^a XXX y de las dos hijas menores de edad de ésta, D^a BBB -14 años de edad- y D^a CCC -12 años de edad- sito en la Rúa XXXXXX n^o xx, XXXXXX, XXXXX, estando presentes éstas o no, se paseaba desnudo, de cintura para abajo, por las distintas estancias de la casa, vistiendo únicamente calcetines y una camiseta, dejando a la vista sus partes y órganos sexuales, entrando incluso en el cuarto de baño cuando las menores se estaban duchando, o metiéndose, igualmente sin cubrir sus partes y órganos sexuales, en la cama de la menor BBB.

No ha quedado probado que, a consecuencia de los anteriores hechos, las menores D^a BBB y D^a CCC hubieran sufrido daño o perjuicio alguno.

No consta probado que un día en el mes de marzo del año 2019 en que la menor D^a XXXXXX -9 años de edad- se quedó a dormir en el domicilio de su tía D^a XXXXXX, el acusado, Sr. AAA, hubiese llamado a su habitación a D^a XXXXXX, y que, con el propósito de atentar contra la integridad sexual de ésta, la hubiese esperado en el dormitorio desnudo con el pene erecto, le hubiere indicado o hubiese intentado que se quitase la ropa, que se metiese en la cama con él, que la hubiese agarrado por los brazos y tirado encima de la cama.

Tampoco consta probado que el acusado le hubiera dicho a D^a XXXXXX que no contase nada "porque si no voy a matar a tu

madre y la segunda va a ser CCC", y que le hubiese dicho también "cuidado con lo que dices"

No consta probado que el acusado Sr. AAA le tocase, con ánimo libidinoso, los pechos y el trasero a D^a BBB.

En virtud de Auto de fecha 9 de diciembre de 2019, dictado por el Juzgado de Instrucción Número Dos de Caldas de Reis, se le impuso a D. AAA las medidas cautelares de prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de BBB, tanto a su persona como a su domicilio, colegio al que acude o lugar en el que se encuentre, y prohibición de comunicarse con D^a BBB por cualquier medio, medidas ambas que tuvieron la duración de 1 año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Estima el apelante que la sentencia recurrida infringe claramente el principio constitucional de presunción de inocencia, existiendo un error en la valoración de la prueba, al dictarse una sentencia condenatoria con una total y absoluta falta de prueba acreditativa de la concurrencia de los hechos imputados a mi representado.

Se discute, en esencia, que esté debidamente probado que el acusado haya cometido el delito sexual que se le atribuye toda vez que se limita a andar desnudo por la casa haya o no menores presentes y que no obedece a intención alguna de involucrarles en ningún contexto sexual ni lo hace con ánimo libidinoso.

SEGUNDO.- Ciertamente es que ninguna de las testigos ha dicho en momento alguno que el acusado se hubiera comportado con intención lúbrica en relación con el delito de exhibicionismo, pues las hijastras que teóricamente serían las víctimas de semejante actitud niegan haberse sentido inquietadas por ello. Lo único acreditado es que el recurrente tiene la costumbre de andar desnudo por la casa, y a lo sumo se pone ciertas prendas como calcetines y camiseta, pero dejando al descubierto sus genitales.

Más allá de la mejorable estética resultante de tan peculiar vestimenta, es evidente que ese comportamiento no es el que se tipifica en el artículo 185 del Código penal. En efecto, en dicho precepto se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses al que «ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante



menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección». Por tanto no sanciona la simple muestra de la propia desnudez, sino el acto de exhibición obscena.

Es constante la jurisprudencia que desliga esta infracción del concepto de pudor o decencia, vinculándolo en cambio con la necesidad de proteger el armónico desarrollo de la personalidad de los menores. En este sentido es clarificadora la reciente STS de 31.3.2022: «debe señalarse que el precepto, el art. 185 CP, en contra de lo que ocurría con sus precedentes legislativos, no trata ya de proteger la decencia pública, el pudor, como concepto general, sino que actualmente tiende a proteger a la infancia, pues, tratándose de personas cuya personalidad se encuentra aún en formación, la contemplación o la realización de actos de elevada proyección sexual -masturbación en presencia de las menores- puede serles tremendamente perjudicial, incluso traumáticos, en su desarrollo evolutivo, dado que no cuentan con móviles de desarrollo, habilidades psicológicas o madurez adecuada para manejar la situación o cuadro sensorial que determinada realidad les impone, es decir, para establecer, sin perjuicio propio y en su justa medida, el alcance y significado de su contexto determinado en que se ven inmersos.

Se protege al menor, por ello, de una descarga cognitiva que evolutivamente no puede asimilar, pues aunque, ciertamente, para personas mayores de edad, aunque no tengan por qué soportar estos excesos, los actos de referencia pueden resultar indiferentes e incluso patéticos, cuando de unas menores se trata se pone en juego su equilibrio psíquico, sus parámetros valorativos y en suma, su adecuado desarrollo y maduración personal (STS 968/2009, de 21-10)».

Es posible que los términos típicos con que se ha construido el delito guarden aún un cierto poso moralizante cuando se adjetiva el acto de exhibición con el calificativo «obscena», pero esa perífrasis ha de ser contemplada e interpretada en su totalidad. Y no con criterios moralizantes, sino estrictamente jurídicos. Claro que no ayuda en la exégesis ese vocablo, que significa según el DRAE «impúdico, torpe, ofensivo al pudor», términos muy vinculados a una determinada moral sexual que no todo el mundo tiene que compartir.

Pues bien. No es esa interpretación meramente jurídica la que ha hecho el tribunal, donde podemos leer pasajes del siguiente tenor: «... indudablemente, la conducta descrita en la declaración de Hechos Probados de la presente resolución tiene encaje en aquella modalidad delictiva, pues no otro significado cabe dar a la conducta de quien se pasea mostrando sus partes y órganos sexuales, durante el crudo invierno del

rural gallego, por la casa en la que convive con unas menores de edad, e incluso entra desnudo en el cuarto de baño cuando las menores se están duchando, o se mete en la cama desnudo con una de ellas».

Es difícil compartir esa conclusión. Desde luego a la conducta descrita sí cabe darle «otro significado», aunque sea en el sugestivo contexto del «crudo invierno del rural gallego» en que lo sitúa el tribunal –al que en cualquier caso imaginamos ignaro del grado de confort térmico de la vivienda de autos–. No parece que andar desnudo por el propio domicilio, en el que lógicamente se convive a diario con las hijas de la pareja, sea cual sea la estancia en que se haga, o el hecho de meterse en la cama donde se halla una de ellas –sin otra acción acompañante– deba ser calificado sin más como acto de exhibición *obscena*. En realidad, tampoco de simple *exhibición*. Una cosa es andar desnudo por la casa adelante y otra muy distinta hacer ostentación de ello con expresa *exhibición obscena* de los propios genitales (y generalmente con una intención libidinosa). De hecho, si concluyéramos como ha hecho el tribunal de instancia, estaríamos prohibiendo la desnudez domiciliaria en casas donde hay hijos menores.

Qué decir entonces de las playas nudistas, espacios públicos donde no es inhabitual la presencia de niños y niñas que no por observar con mayor o menor curiosidad o cercanía los genitales de los y las bañistas les convierten en autores de un delito de exhibicionismo.

Otro aserto que no compartimos es el siguiente: «Y por su parte el acusado, quien reconoció que cuando se paseaba exhibiendo sus partes y órganos sexuales vestía camiseta, lo que huelga decir que no se concilia con prácticas naturistas pero sí en cambio con el frío invernal de los meses de enero y febrero en XXXXX, no dio explicación alguna al respecto de tal comportamiento, intentando transmitir normalidad respecto de algo que se considera que no lo es».

Lo de dar explicación del atuendo no es algo exigible al acusado. Y, por otra parte, es el tribunal quien considera anormal el estar de esa guisa por la casa adelante, pero en modo alguno índice de obscenidad de quien así se comporta.

En cuanto a la prueba de esa pretendida involucración de las menores en un contexto sexual la sitúa el tribunal, en primer lugar, en que el acusado cubra buena parte de su anatomía pero dejando a la vista sus órganos genitales: «se valora el hecho de que el acusado no se paseaba y se mostraba realmente desnudo ante las personas que estaban en la casa, sino que la desnudez lo era solo de sus partes y órganos sexuales; y lo



lógico y racional, en tales circunstancias, es que quien deja solo a la vista sus órganos y partes sexuales es para exhibirlas, o mejor dicho, para conseguir que otras personas se las miren».



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Esa es una conclusión más que discutible. Además, en los hechos probados se dice «vistiendo únicamente calcetines y una camiseta, dejando a la vista sus partes y órganos sexuales», de modo que también las piernas estarían descubiertas y no solo los genitales.

En segundo lugar «también se debe valorar el hecho de que el acusado convivía con tres personas en la casa, dos de ellas menores, y que ninguna de ellas se paseaba por la casa mostrando desnudez en sus partes y órganos sexuales, lo que tampoco se concilia con el "modus vivendi" y la mentalidad de quien lo hace solo como practica del naturismo».

Pues bien, no parece que el «naturismo» exija consorcio familiar alguno para su práctica. El naturista podía ser él, pero sus seres queridos podrían perfectamente profesar otro credo personal diferente y ser, no obstante, tolerantes con el acusado.

También se debe tener en cuenta –sigue diciendo la Audiencia de Pontevedra– «el falso juego con el que el acusado envolvía a las menores, y en el que éstas inocentemente participaban, mientras que él mostraba sus partes y órganos sexuales: entraba en el cuarto de baño cuando éstas estaban en la ducha y les echaba agua fría, se metía, también desnudo, en la cama con BBB; estas prácticas sin duda alguna denotan un indudable cariz y significado sexual».

Eso será «sin duda alguna» para el tribunal, pero no está tan claro que «mostrase» sus partes y órganos sexuales, sino que se hallaban a la vista como la mayoría del tiempo que pasaba en la casa, y donde no se atisba per se ese «indudable cariz y significado sexual».

Pero el más tautológico de los argumentos es el último: «En definitiva, la desnudez de sus órganos y partes sexuales, lo era con la finalidad de hacer participar a las menores en un juego de naturaleza sexual, en el que ellas, no solo eran espectadoras, sino también inocentes partícipes, si tenemos en cuenta que las menores, por su edad, no podían abandonar el domicilio familiar donde convivían con el acusado, compañero sentimental de la madre, por lo que el reproche aún debe ser todavía mayor».

Es decir, en la opinión del tribunal, el andar desnudo por la casa no era por ser naturista (y no era por eso dado que la

pareja y las hijas no eran naturistas), sino para involucrar a las menores en un juego sexual, en hacerlas partícipes del mismo y, como eran menores no podían irse de la casa donde convivían con el acusado que era su padrastro, y el reproche tiene que ser aún mayor.

Pero también cabría la posibilidad de considerar que al acusado simplemente le gustaba andar desnudo por la casa como naturista que era, y si estaba su familia en casa, la cual nunca se opuso a su indumentaria, tampoco dejaba de hacerlo. Y si las hijas eran menores, como resulta que nunca se regodeó en la exhibición de sus genitales ante ellas, no tenía conciencia alguna de estar cometiendo ningún delito, ni menos aún un delito más reprochable porque fueran sus hijastras convivientes las únicas que veían sus evoluciones domésticas.

En definitiva, no se sostiene la interpretación del tribunal porque no hay en la causa prueba alguna de la existencia de verdaderos actos de exhibición obscena ante menores que es lo que exige el tipo y por lo que los tribunales condenan, por ejemplo, a personas que se masturban ante menores a las puertas de un colegio o exhiben sorpresivamente sus genitales ante ellos en determinados contextos (supuestos conocidos como «el hombre de la gabardina»).

En atención a lo expuesto, se estima el recurso.

TERCERO.- Las costas procesales del recurso se declaran de oficio ex artículo 240.1º LECrim.

En atención a lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

1º.- **Estimar** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del encausado **AAA** contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2022 dictada en el Procedimiento Abreviado 72/2021 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, la cual **se revoca y se absuelve al encausado de los delitos por los que venía siendo acusado.**

2º.- **Declarar de oficio** las costas procesales tanto de primera instancia como del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma.



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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.