

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2022**

Nº de Recurso: **1/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Código Seguro de Verificación Num000 Puede verificar este documento en <https://www.administraciondejusticia.gob.es>**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**ROLLO DE APELACION NUMERO 101 DE 2022**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA**

**ROLLO NUMERO 3 DE 2022**

**JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 2 DE SORIA SUMARIO 1/2022**

**- SENTENCIA Nº 100/2022-**

Señores:

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Blanca Isabel Subiñas Castro

En Burgos, a veinte de diciembre de dos mil veintidós.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Soria seguida por un delito de abuso sexual a menor de 16 años contra Aurelio, cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, en prisión provisional por esta causa, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Maria Montserrat Jiménez Sanz y defendido por la Letrada D<sup>a</sup>. Margarita Antolín Barrios; en virtud de recurso de apelación interpuesto por la defensa en el que ha sido parte la acusación particular ejercida por D. Plácido Y D<sup>a</sup>. Manuela, (padres de la menor Genoveva), representados por el Procurador Sr. Pérez Marco y asistidos por el Letrado Sr. Soto Vivar; y el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Audiencia provincial de Soria de que dimana el presente Rollo de Sala dictó sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:

**“ÚNICO.** - Resulta probado y así se declara que el procesado, D. Aurelio, con DNI Nº Num001, mayor de edad y sin antecedentes penales y la menor Genoveva, nacida en fecha Num002 de 2004, se conocieron a través de la red social “Instagram”, y comenzaron a comunicarse el 27 de julio de 2021, proponiendo ambos quedar para conocerse en persona el 28 de julio a las 16.30 horas.

El citado día 28 de julio, si bien él quería quedar en el portal de su domicilio, sito en la Calle000 Nº Num003 de Soria, Genoveva sugirió la posibilidad de quedar en un espacio abierto y público, en torno al estadio de fútbol de Los Pajaritos, la Arboleda, el BBVA o la conocida como “Plaza000”, siendo todos ellos sitios concurridos puesto que la intención de la menor era dar un paseo con él para conocerle. Sin embargo, el acusado, que desde el principio actuaba con ánimo libidinoso y quería llevarla a un sitio más íntimo, propuso que quedaran en el BBVA, siendo éste el lugar más cercano a su domicilio. Llegada la hora de la cita, el procesado escribió un mensaje a Genoveva preguntándole si le importaba acudir a la Plaza001, próxima a la sucursal del BBVA, aceptando Genoveva y dirigiéndose a dicho lugar. Al llegar, comenzaron a conversar sentados en una parada de autobús en la Calle000, y al poco rato, Aurelio le propuso a Genoveva que fueran al portal de su casa, muy próximo a donde se encontraban, con la excusa de que allí “estarían más fresquitos”, siendo que ella, igualmente, acabó accediendo.

Una vez en el portal del domicilio del acusado, éste, actuando con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, intentó besar a Genoveva en varias ocasiones, si bien ella lo rechazaba con su cuerpo, girando la cabeza, apartándose o levantándose de los escalones donde estaban sentados para alejarse de él, si bien, mientras ella estaba distraída en una ocasión el acusado consiguió besarla en los labios, a pesar de haber demostrado ella con su actitud que no deseaba iniciar ningún contacto de carácter íntimo con el acusado.

Transcurridos unos instantes, viendo el acusado que no conseguía su propósito, le ofreció a Genoveva subir a su vivienda para estar más cómodos, negándose ella, contestando el acusado que él igualmente iba a subir a beber un vaso de agua, y luego tenía que ir al trastero en el último piso a recoger las cosas para ir después al gimnasio, y que, si no quería subir a su casa, que le esperara arriba, en la puerta del trastero, subiendo ella a la planta de los trasteros. Tras haber pasado por su piso, el acusado subió hasta donde se hallaba Genoveva, caminando juntos por el pasillo de los trasteros, siendo el del acusado el último a mano izquierda, introduciéndose ambos en el interior, que estaba amueblado como una habitación de estar, con un sillón y un sofá, entre otros muebles; aprovechando ese momento el acusado para cerrar la puerta con pestillo. Al oír Genoveva el cierre, se quedó paralizada, no pudiendo reaccionar.

Una vez dentro, el acusado se sentó en el sillón y le dijo a la menor que se sentara con él, diciendo ella que quería estar de pie y que cogiera las cosas y que se fueran, quedándose atemorizada de espaldas a la puerta y sin saber qué hacer ni cómo actuar, no obstante lo cual, Aurelio, desoyendo la negativa de Genoveva y guiado por el ánimo de satisfacer sus impulsos sexuales, la cogió fuertemente de las manos y la arrastró para ponerla encima suya, quedando ella sentada sobre sus

piernas de frente a él, intentándose levantar, impidiéndolo el acusado al sujetarla fuertemente de la espalda, mientras él decía: “te estás haciendo la dura para que no pase lo que finalmente va a pasar”, contestándole la menor que “no, si no quiero no pasará”, comenzando él, a pesar de su clara oposición, a realizarle tocamientos con los dedos en la zona genital, sobre la ropa, repitiéndole ella “NO QUIERO, PARA, NO QUIERO” intentando escaparse, mientras que el acusado le daba besos por el cuello e intentaba besarla en la boca y trataba de quitarle el sujetador, la camiseta y el cinturón, reiterando ella su oposición, profiriendo expresiones tales como: “PARA YA, DÉJAME YA, NO QUIERO”.

Como quiera que el acusado dejó de hacer fuerza en un momento, la víctima consiguió levantarse, diciéndole él: “tú te has levantado porque yo te he dejado, porque si estuviera haciendo más fuerza no te podrías haber levantado”, cogiéndola bruscamente y quitándole el cinturón, bajándole los pantalones y las bragas, empujándola contra el sofá quedando ella boca arriba. A pesar de que hasta ese momento Genoveva le había insistido reiteradamente en que no quería mantener relaciones con él, presa del miedo y del terror, al ser el acusado más alto y corpulento que ella, se quedó inmóvil, sin saber qué hacer, aprovechando estos instantes el acusado para quitarse los pantalones y los calzoncillos, poniéndose delante de ella de pie, mientras la obligaba a sentarse en el sofá enfrente suyo, pidiéndola que le pusiera el preservativo con la boca. Como ella, que cerró los ojos para no verlo, apretaba las mandíbulas para impedirlo, él la agarró de la cara para forzarle a abrir la boca, consiguiendo introducir parcialmente el pene en la boca, rebasando los dientes, pero al caerse al suelo el preservativo, desistió y se puso el condón él mismo. Tras ello, y aprovechando el estado de shock en que se encontraba la víctima, el procesado le dio la vuelta, poniéndola en el sofá boca abajo, “a cuatro patas”, introduciéndole un dedo en el ano, pero al salir sucio, optó

por penetrarla vaginalmente sin conseguir la introducción total del pene, pero sí parcialmente, lo que hizo que ella gimiera de dolor, por lo cual Aurelio, le

introdujo dos dedos en la vagina para intentar dilatarla y volviendo a introducir seguidamente el pene terminando por eyacular, pese a los gemidos de dolor de Genoveva. Tras esto, el acusado se levantó y salió del trastero para orinar, tirando el preservativo usado en un bidón de basura próximo.

Si bien Genoveva se hallaba asustada y sin saber qué hacer, aprovechó mientras él no se encontraba en el trastero para coger su ropa y comenzar a vestirse, mientras llamaba por teléfono a una amiga, suplicándole que no le colgara el teléfono, momento en que regresó el acusado, y la víctima presa de los nervios colgó. Al verla, el acusado le preguntó que por qué se había puesto la parte de abajo, manifestando Genoveva que se tenía que ir, pidiéndole el acusado que le esperara para bajar con ella, la cual le dijo que no, que se tenía que ir, saliendo apresuradamente hacia la calle, presa del temor y el pánico.

Una vez en la calle llamó a sus amigas María Purificación y Elvira y tras quedar con ellas les contó lo sucedido. Y posteriormente, también se lo contó a la novia de su padre Sonia, la cual se lo contó a D. Plácido, padre de la menor, quien llamó a la Policía Nacional iniciándose el protocolo policial y médico establecido para estos casos.

A consecuencia de estos hechos Genoveva, si bien no sufrió lesiones en la superficie corporal ni en la región genital, paragenital o anal, fue diagnosticada de trastorno de estrés postraumático, presentando elevado nerviosismo, problemas de sueño e ideas e imágenes recurrentes del incidente, irritabilidad, importante labilidad emocional e irascibilidad, insomnio y frecuentes despertares; debiendo recibir tratamiento psicoterapéutico dirigido al abordaje de la sintomatología postraumática, y paralelamente tratamiento psicológico.

Por auto de fecha 29 de julio de 2021 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Soria se acordó como medida cautelar la prohibición de aproximación del acusado a menos de 300 metros del domicilio, lugar de estudio o cualquier otro que frecuentara Genoveva, así como la prohibición de comunicarse directa o indirectamente con ella por cualquier medio personal, telefónico, epistolar, incluidas las redes sociales y aplicaciones (Whatsapp, Facebook, Instagram, Tiktok o cualquier otra) por sí o por persona interpuesta, durante la tramitación del procedimiento”.

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 26 de septiembre de 2022, dice literalmente: “FALLAMOS:

“Que debemos condenar y condenamos a D. Aurelio, como autor responsable de un **delito de agresión sexual** de los artículos 178 y 179 del C.P., antes definido, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual periodo; a la medida de CINCO AÑOS de libertad vigilada; a ONCE AÑOS de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad y a la pena de prohibición de acercarse a Genoveva, a menos de 300 metros, tanto de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar de uso frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicarse con ella directa o indirectamente por cualquier medio personal, telefónico, epistolar, incluidas las redes sociales y aplicaciones (WhatsApp, Facebook, Instagram, Tiktok o cualquier otra), es decir, por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de ONCE AÑOS, que será cumplida de forma simultánea con la pena de prisión impuesta.

Abónese para el cumplimiento de las penas de alejamiento impuestas, el tiempo que D. Aurelio esté bajo la medida cautelar de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima.

En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Genoveva en la cantidad total de 12.000 €, más los intereses legales correspondientes.

Igualmente, el procesado abonará las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Procede el mantenimiento de las medidas de protección y seguridad acordadas por el Juzgado de Instrucción en su Auto de 29 de julio de 2021, para el caso de que la presente resolución sea objeto de recurso, durante la tramitación del mismo, y hasta el efectivo inicio de la ejecución de la pena de alejamiento y prohibición de comunicación arriba impuesta, para el caso de que se confirme definitivamente esta sentencia.

Firme que sea la presente sentencia, procédase a la destrucción de las piezas de convicción intervenidas.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previéndoles que contra la misma podrán interponer Recurso de Apelación ante la Sala Penal el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de diez días.

Una vez firme esta resolución, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos”.

**TERCERO.-** Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Aurelio, expresando como fundamento del mismo el error en la valoración de la prueba y la infracción de normas.

**CUARTO.-** Con fecha 30 de septiembre de 2022 la Audiencia provincial de Soria dictó Auto decretando *la medida cautelar de prisión provisional, comunicada y sin fianza, de D. Aurelio, hasta el límite máximo de duración de 3 años, así como la ratificación de la medida cautelar de prohibición de acercamiento y de comunicarse con Genoveva, por cualquier medio o procedimiento, en los términos acordados en la sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2022.*

**QUINTO.-** Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, que lo impugnaron, y elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el día 29 de noviembre del presente año.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez, Presidente del Tribunal, quien expresa el parecer del mismo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.-**

La Audiencia provincial de Soria condenó al ahora recurrente -Aurelio- por los hechos que tuvieron lugar en la tarde del día 28 de julio de 2021 en esa ciudad cuando él y la menor Genoveva, nacida en fecha Num002 de 2004, tras comenzar a comunicarse el día anterior a través de la red social "Instagram", quedaron para conocerse personalmente en un sitio cercano al domicilio de aquél, luego de lo cual se trasladaron al portal de éste para "estar mas fresquitos" en palabras del acusado; y más tarde a un trastero sito en el último piso del inmueble adonde Aurelio le dijo que subieran con el propósito de recoger la ropa para ir al gimnasio, y donde, al entender de la Audiencia, nada más entrar cerró la puerta con pestillo y donde, desoyendo las anteriores negativas de la menor para que le besara, la arrastró para ponerla encima suya sentada sobre sus piernas y comenzó a realizarle tocamientos con los dedos en la zona genital, sobre la ropa, mientras ella repetía "NO QUIERO, PARA, NO QUIERO" tratando de escaparse, y a besarla en el cuello y en la boca, intentando quitarle el sujetador, la camiseta y el cinturón; tras lo cual le quitó bruscamente los pantalones y las bragas, empujándola contra el sofá quedando ella boca arriba y, haciendo él lo propio, se puso delante de ella de pie y agarrándole la cara la forzó a abrir la boca consiguiendo introducir en ella parcialmente su pene, para después colocarse un preservativo y aprovechando el estado de shock en que se encontraba la víctima, darle la vuelta, poniéndola en el sofá boca abajo, "a cuatro patas", e introducirle un dedo en el ano y, al comprobar que estaba sucio, penetrarla vaginalmente sin conseguir la introducción total del pene, pero sí parcialmente, todo lo cual hizo que ella gimiera de dolor. Tras introducir dos dedos en la vagina para intentar dilatarla, volvió a introducir seguidamente el pene terminando por eyacular, pese a los gemidos de dolor de Genoveva.

La Audiencia ha condenado al acusado y ahora recurrente como autor de un delito de agresión sexual a la pena de *seis años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual periodo; a la medida de cinco años de libertad vigilada; a once años de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad y a la pena de prohibición de acercarse a Genoveva* , a menos de 300 metros, tanto de su persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar de uso frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicarse con ella directa o indirectamente por cualquier medio personal, telefónico, epistolar, incluidas las redes sociales y aplicaciones (WhatsApp, Facebook, Instagram, Tiktok o cualquier otra), es decir, por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de once años, que será cumplida de forma simultánea con la pena de prisión impuesta. Y en concepto de responsabilidad civil, a indemnizar a Genoveva en la cantidad total de 12.000 €, más los intereses legales correspondientes.

El recurrente, que comienza denunciando en su recurso la infracción ocasionada del derecho constitucional a la presunción de inocencia, señala igualmente el error padecido a la hora de valorar la prueba practicada; la quiebra del principio acusatorio, dada la falta de correlación entre la acusación vertida y la resolución dictada; articulando como último motivo de su recurso la infracción de las normas sustantivas por el error padecido a la hora de calificar los hechos, al no concurrir los elementos del tipo de la agresión sexual; y por la inaplicación de la atenuante contenida en el ordinal 5º del artículo 21 del Código penal al no estimar el Tribunal que con la entrega de 500 euros se haya reparado el daño ocasionado a la víctima o se hayan disminuido los efectos del delito.

### **SEGUNDO.- Motivo consistente en la vulneración del principio acusatorio.-**

1.-) Un adecuado estudio del recurso invita a principiar el estudio de los motivos del mismo por el presente, toda vez que su estimación vaciaría de contenido el resto de los esgrimidos por el recurrente.

El recurrente denuncia la falta de correlación existente entre el Auto de procesamiento -en el que no se alcanza a describir el uso de la fuerza o de la intimidación, calificándose indiciariamente los hechos como abuso sexual y no agresión- y los escritos de acusación formulados o el relato recogido en la sentencia impugnada y la correlativa quiebra del principio acusatorio al haber rebasado la sentencia apelada los contornos dibujados por las acusaciones.

2.-)

El Tribunal Constitucional, al diseñar la doctrina del derecho fundamental que asiste a todo ciudadano a tener un juicio justo, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -SSTEDH caso Pélissier contra Francia, de 30 de enero de 2001; o caso David contra España, de 5 de marzo de 2013-, menciona el de que la persona investigada conozca con prontitud el hecho punible que se le atribuye y los derechos que en tal condición le asisten y pueda, además, disponer de la oportunidad de declarar ante el Juez de Instrucción exponiendo su versión exculpatoria -por todas, SSTC 186/1990, 19/2000, 70/2002, 18/2005, 146/2012-.

Dicha garantía ha sido rubricada por la Unión Europea a través de la Directiva 2012/13, del Parlamento Europeo y del Comité de Ministros *relativa al derecho a la información en los procesos penales*, cuyo artículo 6 establece que *la persona contra la que se dirige la acción penal ostenta durante todo el curso del proceso, el derecho a conocer con el mayor grado de detalle necesario, no incompatible con la concisión, las razones fácticas y jurídicas sobre las que se sostiene el proceso inculpatario*, todo ello con la doble finalidad de salvaguardar la equidad del proceso y el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

Las antedichas exigencias modulan -por emplear palabras de la reciente STS 869/2022, de 4 de noviembre- *el contenido del Auto por el que se ordena, en sede de procedimiento abreviado, la prosecución por los trámites preparatorios del juicio oral y, mutatis mutandi, del Auto de procesamiento que fue el empleado en el proceso que ahora nos ocupa por haberse sustanciado la investigación por los trámites del sumario ordinario.*

Ahora bien, el hecho de que dichas resoluciones deban de contener, como no puede ser de otra manera, una determinación de los hechos que van a ser enjuiciados y la identificación de la persona a la que se imputan los mismos, no equivale a que el objeto del proceso se concrete con esa descripción, por cuanto aquéllas *no tienen como función la de fijar los términos normativos de la acusación ni tampoco los concretos extremos del relato fáctico sobre los que se asienta la pretensión acusatoria.*

A mayor abundamiento, tal y como recuerda la STS 831/2022, de 20 de octubre, *la formalización del objeto del proceso se produce no con las conclusiones provisionales, sino con las conclusiones definitivas. Son éstas -recuerda- las que definen la última propuesta de las partes y delimitan los términos de la congruencia exigida por el principio acusatorio.*

2.-)

Todo lo anterior sirve para rechazar el motivo por cuanto, como el mismo Fiscal sostiene en su escrito de impugnación, siendo el Ministerio Público el que ejerce el *ius puniendi* del Estado, es él -y aquí también la acusación particular- quien decide lo que va a ser objeto de la acusación y contra quien va a dirigirse la pretensión punitiva, y en ese ejercicio puede *no incorporar a su acta de acusación algunos de los hechos acogidos en el auto de procesamiento... apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa, no acusar a todos y cada uno de los investigados que fueron declarados por el Juez... e instar la revocación del auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de Instrucción.*

A mayor abundamiento una simple lectura del Auto de procesamiento dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Soria con fecha 23 de febrero de 2022 basta para saber que aunque el sumario se incoó por presunto delito de abuso sexual, en el relato fáctico del mismo se describen comportamientos violentos por parte del procesado. Así se dice... *mientras continuaba sentada encima de Aurelio, ya que no podía quitarse de encima porque Aurelio le sujetaba con una mano detrás de la espalda y con la otra le cogía la mano a la vez que le daba besos por el cuello... intentando Aurelio quitarle el cinturón, a lo que Genoveva continuaba intentando esquivarle a la vez que le decía "para ya, déjame ya, no quiero que me quites el cinturón, quiero levantarme", y en un momento dado Genoveva consiguió levantarse, levantándose a continuación Aurelio y estando ambos de pie comenzó de nuevo a intentar besar a Genoveva, quitándole a la vez el cinturón y bajándola los pantalones para lanzarla contra el sofá boca arriba... Genoveva se quedó inmovilizada, no sabiendo qué hacer. Acto seguido Aurelio se quitó los pantalones obligando a Genoveva a hacerle una felación sin preservativo, no llegando a eyacular. A continuación, Aurelio dio la vuelta a Genoveva, poniéndola en el sofá boca abajo para acto seguido ponerse el preservativo y penetrarla analmente, para posteriormente tras varias penetraciones anales, Aurelio se levantó y salió del trastero.*

Idéntica descripción se efectúa en el escrito de conclusiones provisionales emitido por el Ministerio Fiscal -*comoquiera que el acusado dejó de hacer fuerza en un momento, la víctima consiguió levantarse, diciéndole él: "tú te has levantado porque yo te he dejado, porque si estuviera haciendo más fuerza no te podrías haber levantado", cogiéndola bruscamente y quitándole el cinturón, bajándole los pantalones y las bragas, empujándola contra el sofá quedando ella boca arriba-*, en el que se utilizan expresiones -*la obligaba a sentarse en el sofá enfrente suyo, y la agarraba por detrás de la cabeza para forzarle a hacerle una felación-* que denotan violencia y que sirven de base a la calificación de los hechos como un delito de agresión sexual, que es por el que se ejercita la acusación.

Por último, en el *factum* de la propia resolución recurrida se señala que tanto el Ministerio Público como la acusación particular en el acto del juicio oral elevaron a definitivas sus conclusiones y calificaron los hechos enjuiciados como un delito de agresión sexual.

No cabe decir, en consecuencia, que la subsunción de los hechos en el citado delito que realiza la sentencia impugnada haya sido sorpresiva ni le haya impedido al recurrente una adecuada defensa en el curso del

plenario, por lo que no cabe entender vulnerado el derecho fundamental que se dice lesionado ni menoscabado, en consecuencia, el principio acusatorio cuya quiebra constituye la base del presente motivo de recurso que, por ello, debe ser desestimado.

**TERCERO.- Motivo consistente en la vulneración de la presunción de inocencia y en el error en la valoración de la prueba.-**

**A)** Entiende el recurrente que se ha vulnerado su derecho constitucional a la presunción de inocencia toda vez que, habiendo negado que las relaciones sexuales que mantuvo con la denunciante hubiesen sido in consentidas, que se hubiera obligado a practicarle una felación, que se hubiese producido una penetración anal, ni con el pene ni con el dedo, o una penetración vaginal, *debe ser la acusación la que tiene la obligación de acreditar en el acto del juicio oral los hechos objeto de su*

*acusación*, habiendo invertido la sentencia impugnada la carga de la prueba, *colocando sobre el acusado la responsabilidad de acreditar su inocencia, frente a una prueba constituida exclusivamente por la palabra de quien lo acusa.*

Por centrar convenientemente este motivo debemos reiterar la doctrina elaborada en torno a esta figura que reproducimos en muchas de nuestras resoluciones, a las que ahora nos remitimos, y que condensan la naturaleza del derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido ya en los artículos 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Y recordar que, tal y como la configura la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, se trata de una garantía por la que se viene a presumir *la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley.*

Baste decir que cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se debe verificar si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, debiéndose analizar por tanto:

-en primer lugar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible; y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen la contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-en segundo lugar, "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia; y,

-en tercer lugar, "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Todo ello con el único límite que supone la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba que haya sido practicada en el juicio oral.

**B)** A lo anterior debemos añadir, de acuerdo con una consolidada doctrina - por todas, SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre- que, aunque la prueba en la que se base la solución condenatoria fuere indiciaria al faltar cualquier prueba directa acerca de la comisión de los hechos delictivos, la misma sería suficiente al efecto de enervar la presunción que ahora se dice quebrantada.

Y ello es así siempre que: a) el hecho o los hechos base (indicios) estén plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito se deduzcan precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento resulte asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

C)

El recurrente, en un minucioso escrito de recurso, en el que se ocupa desde los primeros folios del mismo de denunciar una supuesta "*intencionalidad de la sentencia*" y una "*predeterminación del fallo*", combate algunas de las afirmaciones del relato fáctico que la Audiencia entiende acreditado.

Así, discrepa que el acusado actuase con ánimo libidinoso desde el momento inicial en el que se encontró con la denunciante; que quisiera llevarla desde el principio a un sitio más íntimo; y que intentase ya en el portal

besar a Genoveva, afirmando que si la denunciante *no quería ser besada debería simplemente habérselo dicho a Aurelio, y que si realmente quería apartarse de él, debería simplemente haber salido del portal*; y que ninguna de esas dos cosas hizo, habiendo afirmado en fase de instrucción que lo vio *como una tontería o como una broma*, dramatizando ya en el plenario y rompiendo en un llanto al recordarlo que no le permitió seguir declarando.

No entendemos la facilidad argumental de la defensa al decir que si la denunciante no quería ser besada debería de haberse negado simplemente, o debería de haberse ausentado del lugar en el que se encontraban; pues es sabido que en la totalidad de los delitos de esta naturaleza, cuando los mismos se realizan sin el consentimiento de la víctima, ésta tiene escasas opciones de impedirlos y, bien por la acción directa del agresor, bien por el estado de shock en el que se encuentra, su capacidad de reacción se minimiza hasta quedar totalmente inoperante.

También se aduce que la denunciante subió voluntariamente al trastero, y que eso no hubiera sucedido si el ambiente de intimidación que se generó en el portal no hubiera conducido a ello pues *no se pasa de hablar de hobbies y novios en el portal a sugerir subir a la vivienda, si no hay previamente algo que lo suscite*. Recordemos que la joven subió al trastero al querer ir el denunciante a recoger su material deportivo para ir al gimnasio y que si subió sola fue porque así se lo indicó aquél mientras él pasaba por su casa para beber agua, domicilio en el que se encontraban sus hermanos menores y la novia de su padre. Hasta aquí no existe ningún indicio que evidencie el consentimiento de la denunciante a mantener cualquier tipo de relación sexual.

Incide también el recurso en el hecho de que Aurelio no empleó nunca la fuerza con Genoveva; que *no la cogió fuertemente de las manos, ni que una vez Genoveva estuvo sentada encima del acusado, éste la sujetara fuertemente de la espalda e intentara quitarle a la fuerza la ropa, mientras Genoveva se resistía e intentaba separarse de él*. Y acompaña como argumentos que abonan la inexistencia de la violencia la exploración verificada por los médicos forenses a la mañana siguiente de acaecer los hechos; la declaración de su amiga María Purificación, con la que estuvo esa misma tarde; la ropa que llevaba puesta esa tarde que no sufrió ningún deterioro; o la ausencia de marca alguna por mínima que fuera en sus muñecas, brazos o piernas que pudiera llegar a evidenciar la violencia.

Y concluye poniendo de manifiesto múltiples contradicciones entre la declaración de Genoveva en la fase de instrucción y en el acto del juicio oral.

C)

La sentencia comienza afirmando en el primero de sus fundamentos que la convicción de que los hechos sucedieron tal y como se concreta en el relato de hechos probados se alcanza tras valorar *la declaración del procesado, de la víctima, de los informes médico forenses, de los informes periciales biológicos y psicológicos, así como de las declaraciones de los testigos que comparecieron al acto del Juicio, además de la documental*.

Y posteriormente, tras reseñar pormenorizadamente los extremos declarados, tanto por Genoveva, como por Aurelio, realizó una adecuada valoración de ambas pruebas y evidenció las contradicciones en las que incurre la declaración del acusado en relación con la que en su día prestó en la fase de instrucción.

Así, **mientras que ante el Juzgado de Instrucción** había declarado que *le metió un dedo por el ano y lo saco con mierda; que el sexo no fue anal porque hubiera sido mucha lucha para él; que metió el pene por la vagina, unos 10 segundos, pero que como no entraba entero, le metió los dedos para dilatar; que ella era novata, por eso ella no sabía por dónde era la penetración; que en la segunda penetración, también de unos 10 segundos, le entraron ganas de mear y en ese momento eyaculó...y que cuando "lo sacó" se fue a mear y tiró el condón a la basura; que, tras la primera penetración, como gemió de dolor, por eso sacó el pene, y metió los dedos para dilatar y luego lo volvió a meter, entonces volvió a gemir de dolor y ya como le entraron ganas de mear, eyaculó; y que después se fue al baño; en su declaración en el plenario* dijo que *yo en el sofá no le hacía ademanes para que se sentara conmigo, nos volvimos a besar y se subió encima de mí y nos enrollamos; dijo que yo no podía con ella; la acariciaba, llevaba un short corto, introduje la mano por debajo y le froté el clítoris, si no lo dije antes, así fue; y ella dijo "sí que pudiste"; me reí, nos besamos y dijo que no iba a follar con las ventanas abiertas y la cerré. Que entonces ella se quitó en cinturón cuando estaba sentada encima de mí; que en ningún momento me dijo que no, que no la tocara, ni le puse mano por la espalda; que se puso de pie, se quitó el short, la camiseta y se quedó en sujetador y bragas; se sentó en el sofá, saqué un condón y le propuse ponerlo con la boca y dijo que lo intentaría, pero se le cayó; que ella no hacía fuerza con la boca; que él solo le recogió el pelo que lo tenía en la cara, pero se le volvió otra vez, fueron 5 segundos sobre el pelo; que no hizo ademán de empujarla para que me lo pusiera con la boca; se lo puso él. Y concluye diciendo que *no hubo sexo oral; que él se puso el condón mientras ella lo tenía en la boca sin que pasara de allí; que antes de recogerle el pelo le tocó la zona de las mamas. Y añade que no me hizo una felación y a ella le sorprendió el tamaño de mi pene...no me hizo felación; no la volteé; en el sofá se puso en diagonal al sofá; no llegué a penetrarla, estaba mojada, le unté saliva en la vagina*.*

Al decir en el acto del juicio; *“no hubo relación anal y no le metió un dedo en el ano. Dije que me estaba meando, fui al otro trastero y me rematé (se masturbó). Que la lubriqué con mi saliva. Ella no se quejó en ningún momento. No llegué a penetrarla, estaba estrecha. No oí quejido por parte de ella. Cuando le puse la saliva hubo quejidos de placer. No dijo que no quería tener relación, fui yo quien decidí no “meterla”. Me masturbé en el baño con el condón puesto”*, la Fiscal pidió, al amparo de lo dispuesto en el artículo 714 LECrim, el visionado de su declaración ante la Sra. Juez de Instrucción, y al poner de manifiesto las evidentes contradicciones existentes el recurrente contestó que *mintió porque quiso mentir y que quiso esperar a este día para decir cómo fue; y que dice ahora la verdad.*

En definitiva, tal y como reseña la Audiencia, mientras que en su declaración en fase de instrucción el procesado dijo que *hubo una felación, que le introdujo un dedo por el ano a Genoveva, que la relación fue vaginal, pero que tras una primera penetración ella se quejó de dolor, vio que estaba estrecha y que le introdujo dos*

*dedos en la vagina, para intentar una nueva penetración como así hizo, pese a las quejas de dolor de ella; que eyaculó y que se fue al baño porque necesitaba orinar, y entonces tiró el preservativo*, en el juicio negó cualquier introducción ni de pene, ni de dedos en el cuerpo de Genoveva, diciendo que *ella no se quejó de dolor, y explicó la divergencia en que, como conoce sus derechos, decidió mentir en la primera declaración para luego dar la versión verdadera en el juicio oral.*

**E)** De otra parte, la sentencia que ha sido recurrida atribuye un importante valor probatorio a la declaración de la víctima, de la que dice que reúne los requisitos de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación que exige la Jurisprudencia para dotarle de necesaria verosimilitud a la hora de enervar la presunción de inocencia que se dice cuestionada. Y lo hace analizando con rigor todos los extremos de la misma en un ejercicio cuya repetición se considera innecesaria por esta Sala. Por eso, pese a los argumentos vertidos en el escrito de recurso, en los que ataca la debilidad de los antedichos requisitos, debemos de corroborar la interpretación que de la misma ofrece la sentencia impugnada sin necesidad de reproducirlos en esta alzada en aras de la brevedad.

Incluso en la contradicción constatada y atinente a la realidad de un coito anal que refirió en su primera declaración y que negó con posterioridad, encuentra la Audiencia su justificación en el dolor que dijo haber sentido para rectificar en el juicio con base en una experiencia posterior que tuvo y las analogías que presentaba con aquella experiencia. Y dichas lagunas o inexactitudes se explican con la razón de ciencia aportada por la psiquiatra Dra. Blanco en el acto del juicio, quien afirmó que *es normal que las víctimas tengan bloqueos o lagunas de memoria, lo cual es una muestra más de que el relato no es inventado o elaborado, ya que, de ser así, se hubieran cubierto tales lagunas en la declaración que prestó en la Vista Oral.*

En efecto, y haciendo girar el acusado toda su versión alrededor del presumible consentimiento prestado por la denunciante a la relación sexual habida entre ellos, carece de sentido pensar, de ser ello cierto, que hubiera tenido necesidad de declarar una cosa y la contraria en sus deposiciones ante la Juez de Instrucción o, posteriormente, ante la propia Sala.

Por todo ello, existiendo importante prueba de cargo y habiendo realizado la Audiencia una adecuada valoración de la misma, se está en el caso de rechazar el motivo de recurso atinente a la falta de prueba o al supuesto error padecido a la hora de valorarla.

#### **CUARTO.- Motivo del recurso consistente en la infracción de las normas sustantivas por error en la calificación jurídica de los hechos.-**

**A)** El recurrente sostiene como siguiente motivo de recurso la infracción a la hora de calificar los hechos enjuiciados -que lo fueron como agresión sexual y no como abuso-, toda vez que no se ha logrado acreditar la existencia de violencia o intimidación en la comisión de los mismos; y toda vez que la propia Juez de Instrucción calificó de ese modo los hechos por los que declaró al recurrente procesado en su momento, en resolución consentida por las acusaciones.

No es incierto que el Auto de procesamiento dictado por el Juzgado de Instrucción calificase eventualmente los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 181.4 del Código Penal; más, ya hemos advertido

anteriormente que dicha calificación indiciaria no impide que las conclusiones provisionales y definitivas de las partes se acomoden a lo resultante de las pruebas que se hubieran practicado en el plenario y que la sentencia haya acogido otro tipo de calificación, siempre que el acusado no se haya visto privado de la posibilidad de defenderse de esa nueva acusación.

En definitiva, la solución al presente motivo pasa por establecer si el recurrente utilizó algún tipo de *vis phisica* o *vis moral* para doblegar la contraria voluntad de la denunciante a realizar el encuentro sexual cuya realidad



ha quedado probada. Y ello con mantenimiento de los hechos que la Audiencia entendió como probados, que deben ser mantenidos tras el rechazo de los anteriores motivos de recurso.

**B)** El delito de agresión sexual -frente al de abuso-, consistía en la legislación anterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, *de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, en el atentado contra la integridad sexual de una persona siempre que existiera violencia o intimidación.

No se nos escapa la dificultad que presenta diferenciar ambos delitos cuando lo que se discute es la existencia o no de intimidación o si de lo que se trata es de acreditar la existencia de un consentimiento por parte de la víctima que pudiera haber prestado de manera viciada.

La STS 422/2021, de 19 de mayo con reseña de la 216/2019, de 24 de abril que establece los rasgos diferenciadores entre ambas figuras delictivas, nos dice que mientras que *en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación*. En la agresión no existe el consentimiento porque el autor se ha prevalido previamente del empleo de la fuerza o de la intimidación para doblegar la voluntad de la víctima; y esta última *no debe ser particularmente intensa, no ha de presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que - sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males*, tal y como remacha la STS 953/2016, de 15 de diciembre.

En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio. Basta la negativa por parte de la víctima, pues *para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios*.

La intimidación representa la existencia de una coacción psicológica que se ejerce sobre la víctima a la que se amenaza con el anuncio de un *mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión o recelo más o menos justificado* (STS 351/2021, de 28 de abril). La gravedad debe de valorarse en atención a las circunstancias de cada caso pero lo que resulta imprescindible -

insoslayable, dice la mencionada resolución parafraseando la STS 344/2019, de 4 de julio- *es que pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones*.

C)

Por su parte, la regulación ofrecida por la referida LO10/2022, de 6 de septiembre, amén de establecer un diferente catálogo penológico sobre el que más adelante volveremos, modifica el concepto de agresión sexual del artículo 178 -el que atentare contra la libertad sexual de una persona, utilizando violencia o intimidación-, haciendo girar el tipo básico alrededor, no de la presencia de la *vis física* o la *vis coactiva*, sino de la sola ausencia de consentimiento, entendiendo que el mismo no concurre cuando *no se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*; ejemplificando en el párrafo segundo que *se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*; y unificando, en fin, la realidad de los precedentes tipos de abuso y agresión sexual en este último, eliminando la primera de las modalidades tradicionales de los delitos contra la libertad sexual que se contienen en el Título VIII del Libro II del Código Penal.

Resulta evidente que el principio de temporalidad -irretroactividad de la ley penal-, necesario tributo del principio de legalidad, determina la aplicación de la legislación penal existente al tiempo de acaecer los hechos -28 de julio de 2021-, excluyéndose, consecuentemente, la LO10/2022, de 6 de septiembre, a salvo en lo relativo a la pena impuesta si ésta resultase más beneficiosa para el reo, por exigirlo así el artículo 2.2 de nuestro Código, que incorpora el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, de acuerdo con lo que dispone el artículo 9.3 de la Constitución.

E) En la STS 344/2019, de 4 de julio (caso "la manada") se afirma que *"en el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma*

*las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males."... En definitiva,*

*mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio"; para resumir más adelante que "en definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos".*

F)

La Audiencia sostiene que *la falta de consentimiento, además de lo declarado por la víctima, queda corroborado por el hecho de que se acababan de conocer poco más de una hora antes. Y en estas circunstancias, cuando acabas de conocer a una chica, no caben sobreentendidos, por lo que lo prudente es preguntar, estar seguro de que ella también quiere. Pero nada de eso hizo el procesado, pues ni le preguntó si le importaba que cerrara la puerta con pestillo, ni si quería mantener relaciones sexuales, máxime cuando ella le había manifestado antes reiteradamente que parara, que no quería que siguiera. Y deduce, igualmente, la ausencia de consentimiento de la necesidad que tuvo el recurrente de modificar la declaración verificada al tiempo de la presentación de la denuncia por la vertida en el juicio oral.*

Con todo ello dibuja un entorno constituido por una niña de dieciséis años, *con escasa experiencia vital y con una reacción de parálisis ante lo que le estaba sucediendo;* y por un joven con una premeditada intención de tener un acercamiento sexual a juzgar por los lugares en los que propuso quedar con ella -todos cercanos a su propio domicilio-, y al hecho de que enseguida la invitase a ir a su portal y, más tarde, al trastero en el que acabaron acaeciando los hechos enjuiciados.

Y a ese contexto anuda la existencia de una agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código penal *-concretada en la penetración bucal (con el pene, siquiera parcialmente), anal (con un dedo) y vaginal (con el pene y dos dedos) que padeció la víctima-* al entender probado que *el acusado impuso a Genoveva una felación, luego le introdujo un dedo en el ano, para penetrarla posteriormente por la vagina, pero al no conseguir la total introducción del pene, le metió dos dedos por la vagina para facilitar la penetración, realizando una segunda penetración, con eyaculación en el preservativo que llevaba colocado. Todo ello -reitera- contra la voluntad manifestada por la víctima de que no quería mantener relaciones sexuales con el procesado. Añadiendo más adelante que ante las reiteradas negativas empleó fuerza física ya que agarró a la denunciante, la inmovilizó, la bajó la ropa y la forzó a abrir la boca, por lo cual llegó un momento en que Genoveva accedió a los deseos de su agresor, temiendo por un mal mayor.*

G)

Esta Sala coincide con la interpretación que ha realizado la Audiencia pues, aunque no deja de ser cierto que la violencia desplegada por el recurrente no fue brutal –no existen rastros de ella ni en el cuerpo de la víctima, que no sufrió contusión o lesión alguna, ni en su ropa, que no padeció desperfecto alguno-, si fue suficiente para doblegar la voluntad de la denunciante, quien, una vez que entró en

el trastero donde tuvo lugar el hecho enjuiciado y observó como el recurrente cerró el pestillo de la puerta, quedó, según confesión propia, en estado de shock, por lo que no fue preciso que la violencia desplegada con posterioridad –o, en su caso, la intimidación- fuera exagerada. Es más, ella misma declaró en el plenario que *en ningún momento la impidió que se fuera, que abriera la puerta y que se fuera;* y que *tuvo la oportunidad de abrir el pestillo y de irse ....pero su cabeza se quedó en blanco entró en shock...*

La Jurisprudencia –STS 355/2015, de 28 de mayo- tiene declarado que *la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima.*

Por ello, la conducta consistente en agarrar a la víctima por las manos y atraerla hacia sí, inmovilizándola, para después quitarle el cinturón, bajarle los pantalones y forzarle para que abriese la boca que ella cerraba con fuerza para impedir la inmisión del pene en la misma, debe reputarse adecuada para entender concurrente el elemento del tipo analizado, lo que conlleva la ratificación de la interpretación que hizo la Audiencia del material probatorio practicado y de la subsunción que hizo en el precepto que castiga la agresión.

**QUINTO.- Motivo consistente en la infracción del artículo 21.5 del Código Penal por inaplicación indebida de la atenuante de reparación del daño causado.-**

A)

El último de los motivos de recurso desplegado por la defensa del acusado gira alrededor de la inaplicación de la circunstancia atenuante interesada consistente en haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral, aduciendo que la entrega por parte de Aurelio de la cantidad de 500 euros supuso un gran esfuerzo económico por su parte, toda vez que se trata de un joven de diecinueve años que vive en su casa y alterna sus estudios con el trabajo durante los fines de semana como pinche de cocina en un establecimiento de hostelería dedicado a la venta de bocadillos.

La sentencia impugnada, además de considerar escasa la mencionada suma -por más que el esfuerzo del procesado para su pago pudiera haber sido importante-, estima que el recurrente culpó a la víctima de su situación y que llegó a insinuar que la misma tenía problemas mentales, hechos que se compadecen mal con el intento de reparación que pretende el mencionado precepto.

B)

Un unánime Jurisprudencia –que vamos a condensar en las líneas que se contienen en la STS 762/2022, de 15 de septiembre- dice que la reparación prevista en el Código Penal bajo una fórmula claramente objetivadora coloca a la intención que inspira el acto reparatorio en un discreto segundo plano, lo que lleva a la exigencia de que el mismo resulte *suficientemente significativo y relevante desde la perspectiva de la víctima, titular de los intereses lesionados por el delito que se pretenden mitigar.* Y concluye diciendo que *no cabe atenuar la responsabilidad penal*

*por la simple y formalizada consignación de cantidades que a la luz del alcance del daño causado suponen una reducida compensación. La atenuación reclama un juicio de merecimiento que al no basarse en fórmulas de contrición debe, al menos, justificarse en que la víctima ha sido resarcida completa o significativamente o que su resarcimiento constituye un objetivo serio y prioritario para la persona acusada.*

Tal y como recuerda también dicha sentencia, es cierto que la reparación no siempre se agota mediante fórmulas de compensación dineraria; y también lo es que para personas con escasos recursos económicos, satisfacer antes del inicio del juicio el importe total del daño causado puede resultar extremadamente complicado; pero en esos casos cabe exigir que, además de efectuarse una parcial consignación de la previsible *pecunia doloris*, el acusado lleve a cabo otro tipo de actuaciones con valor reparatorio que evidencien que para la persona acusada reparar a la víctima es importante.

En el supuesto enjuiciado, se consignaron 500 euros, suma que supone una décima parte de la cantidad interesada en concepto de responsabilidad civil por el Ministerio Fiscal, lo que está muy lejos de poder ser considerado un intento serio de compensar anticipadamente el dolor de la ofendida. Pero es que además, no consta la existencia de conducta alguna diferente que pudiera haber tendido al mencionado objetivo o a patentizar la voluntad de reparación del ahora recurrente, por lo que se está en el caso de rechazar el motivo analizado.

**SEXTO.- Resultado penológico a consecuencia de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual.-**

Ya dijimos anteriormente que, de acuerdo con el artículo 2.2 del Código Penal, *tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el*

*sujeto estuviese cumpliendo condena*, lógica consecuencia del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, de acuerdo con lo que dispone el artículo 9.3 de la Constitución.

La Audiencia condenó al recurrente como autor de un delito de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal –castigado con la pena de seis a doce años de prisión- la pena de 6 años, razonando que, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ni otros motivos que aconsejen lo contrario, procedía imponer la pena privativa de libertad en su límite inferior.

Así las cosas, la reforma operada por la antedicha LO 10/2022, de 6 de septiembre, otorga una nueva redacción al artículo 179 que ahora dice que *cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años*, por lo que rebaja el límite inferior de la pena en dos años –de seis a cuatro-, reducción que, en virtud del referido principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, debe de beneficiar al recurrente.

#### **SÉPTIMO.- Las costas.-**

El íntegro rechazo del recurso lleva consigo la expresa imposición al recurrente de las costas causadas con ocasión del mismo.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás aplicables al caso,

#### **FALLAMOS**

Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Aurelio contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2022 dictada por la Audiencia provincial de Soria a que este rollo se refiere, **debemos confirmar y confirmamos la misma, a salvo en el particular relativo a la pena privativa de libertad impuesta, que deberá de fijarse en cuatro años** por aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de *Garantía Integral de la Libertad Sexual*, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en la presente instancia.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se remitirá certificación a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, lo pronunciamos y mandamos y firmamos.

E/