

Roj: **STS 316/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:316**Id Cendoj: **28079120012016100064**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/02/2016**Nº de Recurso: **10523/2015**Nº de Resolución: **34/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 1242/2015,**
STS 316/2016

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Febrero de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Eulogio**, contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de agresión sexual, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García; estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Nieto Bolaño; siendo parte recurrida Soledad, representado por la Procuradora Sr. Cano Ochoa. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Tres de Málaga inició Procedimiento Abreviado nº 45/14, contra **Eulogio** y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Octava) que con fecha cinco de enero de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

*El acusado **Eulogio** mantuvo una relación sentimental con **Soledad**, relación que terminó aproximadamente en Agosto de 2013.*

*En la madrugada del día 5 de Enero de 2014, en hora no determinada con precisión pero, en todo caso, entre las 00.00 y la 01,00 horas, el acusado **Eulogio** accedió a la vivienda **Soledad** sin el consentimiento de esta ni de ninguno de sus moradores, cuando la referida **Soledad** se encontraba sola en dicho domicilio en su dormitorio, accediendo el acusado a dicha habitación, produciéndose un forcejeo entre ambos ya que **Eulogio** no dejaba salir de la habitación a **Soledad**, consiguiendo esta última zafarse y escapar hasta el porche de la vivienda, momento en el que fue alcanzada de nuevo por el acusado quién, cogiéndola por las piernas, consiguió introducirla en la casa intentando besarla y realizando tocamientos por debajo del pantalón y a la altura de los pechos de **Soledad**, contra la voluntad de esta, momento en el que **Soledad** consiguió arrebatarse las gafas a **Eulogio** y tirarlas al exterior de la vivienda, saliendo este tras ellas, aprovechando **Soledad** para cerrar la puerta. Una vez que*



consiguió impedir el acceso a la vivienda del acusado, la perjudicada mandó un mensaje a través de su teléfono móvil a su hermano Serafin del siguiente tenor : " Tiburon , Eulogio se ha colao. Ma metió mano". Llamando posteriormente a la Policía local, sobre la 01, 00h., comunicando que su ex novio se había intentado abusar de ella.

Como consecuencia de tales hechos Soledad sufrió lesiones consistentes en dolor en la palma de la mano derecha y en eritema en región glútea de muy ligera intensidad, lesiones para cuya curación invirtió un total de 3 días sin impedimento para sus ocupaciones habituales y sin necesidad de tratamiento médico quirúrgico posterior a la primera asistencia facultativa.

Eulogio presenta signos y síntomas compatibles con un cuadro de ideas delirantes y trastornos de conducta en grado leve, que producen ligera alteración de sus capacidades cognitivas y volitivas.

El día 23 de Diciembre de 2013 en conversación a través de la red social "facebook", el acusado remitió a Soledad el siguiente mensaje "ke tal iya? Sigue así...yo me voy de putas y después por m...así?. Cual es la scusa. ke ske sino no se como acerlo. Jo mismo matando a alguien....".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<A.- Que debemos condenar y condenamos a Eulogio , como autor responsable de un delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 178 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, y la atenuante analógica del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 del Código Penal , a la pena de TRES AÑOS de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual periodo, y la prohibición de acercarse a Da Soledad , a menos de 500 metros, tanto de persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar de uso frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de DIEZ AÑOS.

Igualmente debemos condenar y condenamos a Eulogio , como autor responsable de un delito e allanamiento de morada tipificado y penado en artículo 202.2 del Código Penal , a la pena de DOS AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual periodo. Y MULTA DE NUEVE MESES con una cuota diaria de 7 euros . Y la prohibición de acercarse a Da Soledad , a menos de 500 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 por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de CINCO AÑOS.

-Y DEBEMOS ABSOLVER A Eulogio del delito de amenazas por el que era, igualmente, acusado.

Todo ello con condena al pago de dos terceras partes de las costas procesales ocasionadas, incluidas las de la acusación particular. Declarando de oficio el resto de costas ocasionadas.

Abónese para el cumplimiento de la pena el tiempo que el condenado ha estado privado de libertad con carácter preventivo, por esta causa. Situación de prisión provisional que se mantiene y ratifica.

Dése a los efectos intervenidos, en su caso, el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2a del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el recurrente que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Eulogio .

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ , por infracción del art. 24.2 CE 1978 . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim por indebida aplicación de la agravante de parentesco (art. 23 CP). **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 202. 2º CP e inaplicación del apartado 1 de dicho precepto. **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo quinto** .- Por infracción de ley al amparo del art. art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida de los arts. 21.1º y /ó 20.1 CP .

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos del recurso** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.



5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintiuno de enero de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero y más extenso de los cinco motivos que conforman el recurso gira en torno a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE en relación con el art. 852 LECrim). Considera el impugnante que no se ha practicado prueba de cargo bastante: no concurren, en su estimación, los estándares precisos para atribuir credibilidad a la declaración inculpativa de la víctima.

Enseña la STC 33/2015, de 2 de marzo , en continuidad con centenares de precedentes, que la **presunción de inocencia** no solo es criterio informador del ordenamiento procesal penal, sino también un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de un delito no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria que solo procede cuando media una actividad probatoria practicada con la observancia de las garantías procesales, y que, libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse concluyentemente de cargo. Se reitera así de forma abreviada una doctrina tan añeja como consolidada.

La convincente motivación fáctica de la sentencia que desarrolla su segundo fundamento de derecho glosa con oportunas apreciaciones la actividad probatoria que sustenta el pronunciamiento condenatorio. Consiste esencialmente en las manifestaciones de la víctima, respecto de las que el Tribunal no encuentra razón alguna para dudar al no ser imaginable explicación racional o verosímil de las mismas distinta a su adecuación a lo sucedido. Concurren, de otra parte, elementos corroboradores que no solo encajan con la veracidad del relato de la víctima; sino que, además, no se cohonestarían bien con la única otra hipótesis alternativa imaginable: que estemos ante una denuncia falsa. No se compadece con ello ni el inmediato mensaje dirigido a un familiar, ni el estado de inquietud y desasosiego en que la policía encontró a la víctima, ni las lesiones objetivadas. Otros datos, como el mensaje mandado unos días antes por el acusado, también avalan el testimonio de la víctima.

El recurrente intenta *colar* en esas declaraciones elementos de duda o de falta de fiabilidad. Ya en una primera aproximación ese planteamiento aparece como poco armónico con las coordenadas por las que discurren las posibilidades de fiscalización en casación de la valoración de la prueba personal a través de la presunción de inocencia. No son nulas esas posibilidades: se descubren precedentes en que contándose con prueba de cargo personal inculpativa se ha anulado en casación una sentencia condenatoria por no ser concluyente el testimonio, o por presentar fisuras de entidad, o por haber exteriorizado el Tribunal de instancia un razonamiento no totalmente ajustado a la lógica.

Pero aquí no cabe duda de que la prueba de cargo que la Sala de instancia aduce goza de una firmeza que no se cuarteja ni un ápice ante las objeciones que opone el recurrente con un esfuerzo tan denodado y meritorio como infecundo. Gran parte de las circunstancias que quiere presentar como desacreditadoras de ese testimonio son compatibles con los hechos probados. Las supuestas lagunas o puntos oscuros en la investigación (inspección ocular, descripción de la vivienda...) no son tales: que no hubiese aparecido ninguno de los vestigios que sugiere el recurrente (lo que era esperable) como cristales rotos, o cerradura forzada (lo que no tiene sentido: la víctima dijo que la puerta estaba abierta) o rastro de haberse efectuado un salto (difícilmente identificables) no contradice la versión de la denunciante. Las lesiones apreciadas son congruentes con los hechos narrados. En fin, estamos ante una valoración racional y convincente de una prueba personal inequívocamente inculpativa. De la mano de la presunción de inocencia no podemos ir más lejos de esa constatación. La forma en que el tribunal de instancia refleja su convicción representa la más rotunda y convincente refutación del motivo. La esmerada motivación fáctica de la sentencia supone un inexpugnable blindaje frente a un alegato por presunción de inocencia como el articulado por el recurrente. Constituye clara expresión de que existió prueba de cargo, que resultaba suficiente, y que fue valorada de forma exquisita por la Sala que, tras sopesar todos los factores, edificó su certeza sobre bases sólidas.

No basta negar la propia responsabilidad penal para que deba prevalecer la presunción de inocencia. Esto es una obviedad. Frente al razonamiento fundado y convincente de la Sala explicando su valoración del material probatorio, básicamente testifical, no puede abrirse paso en casación el tipo de argumentación que ensaya el recurrente que en definitiva se limita a presentar como más creíble su propia versión negando radicalmente el suceso. No es la casación marco propicio para una revaloración de esas declaraciones personales para la que además es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014 : la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia).

Las referencias al principio *in dubio* resultan improcedentes. Tal principio solo es alegable en casación en su vertiente normativa; es decir, cuando el Tribunal condena pese a exteriorizar sus dudas. No sucede eso aquí. Se



proclama la certeza de los Magistrados de que los hechos acaecieron tal y como refleja el *factum*. El principio *in dubio* no obliga a *dudar*; obliga a absolver en caso de duda, duda que aquí no concurrió.

El órgano de casación, debe verificar que la certeza plasmada en la sentencia de la Audiencia Provincial está exenta de toda vacilación (principio *in dubio* en su aspecto normativo) y se edifica sobre un conjunto probatorio suficiente.

Por mucho que se hayan ensanchado los antaño angostos cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y para arbitrar un legítimo paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de una plena doble instancia-, recientemente corregido, la casación ha mantenido su condición de recurso extraordinario, esencialmente diferente por ello a la clásica apelación. El Tribunal de casación no puede inmiscuirse en cuestiones de valoración de prueba propias de la instancia.

Nos corresponde comprobar si el tribunal de instancia ha obtenido su certeza de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia lo que exige que su convicción sea "compartible" objetivamente. Es claro que aquí están sobradamente satisfechas esas exigencias.

El motivo primero no puede prosperar.

SEGUNDO.- Se cuestiona en el segundo motivo la apreciación de la circunstancia de **parentesco** del art. 23 CP con significación agravatoria.

A partir de la reforma de 2003 es indiferente que la relación afectiva hubiese cesado ya en el momento de los hechos a los efectos de apreciación de esta circunstancia. Una relación de afectividad análoga a la conyugal presente o ya pasada, determina la agravación (o atenuación).

Debe advertirse que, aunque muy cercanas en su morfología y fundamento, la circunstancia genérica del art. 23 CP no coincide, exactamente, al menos en su literalidad, con las relaciones aludidas en la Ley Orgánica 1/2004 que sirven de referente a varios tipos penales (significada y paradigmáticamente, art. 153 CP). El art. 23 CP habla de *estabilidad* y omite la apostilla de que no es necesaria convivencia.

El hecho probado en lo que respeta a esta cuestión es de un laconismo poco afortunado. Se limita a decir que entre víctima y acusado había existido una *relación sentimental* finalizada cinco meses atrás. No aclara más. Esa base factual sugiere la posibilidad de la agravante pero no acaba de definirla de forma consistente y concluyente.

El fundamento cuarto de la sentencia añade dos vocablos para caracterizar esa relación: era *estable* y *afectiva*. Y algo más aunque de forma indirecta se puede extraer del *factum*: el episodio vino motivado por no haber superado la *ruptura* de la relación lo que presupone una ligazón lo suficientemente fuerte como para que pueda hablarse de *romperla*.

A la vista de esos retazos la base fáctica de la agravación aparece muy diluida. Pero el motivo no será estimado pese a ello. Por una parte porque no tendrá significación determinante en la penalidad como se verá y, por otra parte, porque no se cuestionó. Elocuente es que no se discutiese sobre ello en absoluto en la instancia. Probablemente ese silencio explica la pobreza descriptiva de los hechos probados sobre este punto.

El motivo no se recoge.

TERCERO .- El motivo tercero denuncia aplicación indebida del art. **202.2 CP** : habría que acudir en todo caso a la modalidad del art. 202.1.

El argumento está bien articulado: el recurrente entró en la casa sin emplear violencia o intimidación (dejemos ahora de lado las cuestiones sobre si la violencia aludida incluye también la *vis in rebus*, así como la todavía más discutible sobre si la ampliación normativa de tal concepto -escalamiento- del art. 238 CP podría operar en sede de infracciones no patrimoniales). La violencia solo apareció cuando el agresor ya había penetrado en la casa y con una finalidad específica: conseguir contactos físicos encaminados a satisfacer su deseo sexual.

Desde esa base se argumenta así: si se considera que hay dos delitos en concurso real, no podrá proyectarse la violencia en el allanamiento de morada. Y si se proyecta, entonces será ineludible acudir al concurso medial, aunque luego de forma confusa se afirma que sólo habría un delito, lo que remite más bien al concurso de normas.

Aunque el desarrollo expositivo no es totalmente riguroso desde el punto de vista dogmático, el recurrente tiene parcialmente razón: se constata en efecto una relación de medio a fin entre el allanamiento de morada y la agresión sexual. Pero eso no lleva a embeber en la agresión el allanamiento de morada, sino a afirmar una relación de concurso medial (distinto del ideal, pero equiparado al mismo a efectos penológicos hasta la reforma de 2015).



En el allanamiento se detecta una progresión delictiva en la que se comienza por una modalidad menos grave para pasar luego a la agravada: el acusado entra sin el consentimiento de la víctima pero sin emplear violencia o intimidación. Lo que ha comenzado siendo un allanamiento básico se convertirá en el agravado cuando surge una violencia sobre la moradora que persigue también la permanencia en la morada al servicio de la agresión sexual. Hay pues un allanamiento de morada del art. 202.2 CP, pero en relación de concurso medial. Que haya un punto fáctico común a ambos resultados (la violencia) no convierte los hechos en un concurso ideal propio (una única acción) ni, menos aún, en un concurso de normas (son dos los bienes jurídicos atacados: intimidad domiciliaria y libertad sexual).

El Fiscal, sin llegar a apoyar el motivo, reconoce que, de aceptarse, tendría relevancia penológica.

En un primer paso hay que **estimar** el motivo: estamos ante un **concurso medial** entre el allanamiento de morada del art. 202.1 y la agresión sexual del art. 178 CP (SSTS 1231/2009, de 25 de noviembre o 102/2014, de 18 de febrero que cita pertinentemente el Fiscal).

La cuestión tiene repercusiones punitivas tanto con la legislación anterior como si situamos encima de la mesa la reforma de 2015 que ha cambiado la penología del concurso ideal estableciendo una fórmula tan novedosa como intrincada; casi críptica. Se interpreta como se interprete, no cabe duda que amplía enormemente el margen de discrecionalidad depositado en el juzgador.

La Sala de instancia no pudo operar con tal reforma: la sentencia se dictó unos meses antes de su entrada en vigor. Tanto el recurrente como las demás partes han evacuado sus respectivos escritos vigentes ya la reforma lo que exime de conferir un nuevo traslado: no es caso al que concierna la Disposición Transitoria Tercera, pues a la entrada en vigor de la ley el recurso todavía no estaba formalizado. La parte pudo adecuarlo a la legislación vigente.

Esta Sala ineludiblemente ha de tomar en consideración esa reforma, haya sido o no invocada por las partes, si como aquí sucede la sentencia ha de ser casada para dictar otra. En la segunda sentencia se analizará esta temática.

Con anterioridad a la reforma la pena debía situarse en la mitad superior de la correspondiente al delito más grave: la agresión sexual en la medida en que su máximo llegaba a cinco años (y no cuatro años según lapsus que se desliza en el informe del Fiscal). La pena habría de moverse entre tres y cinco años (mitad superior).

Penando por separado como concurso real la Sala ha impuesto dos penas: tres años de prisión por la agresión sexual; y dos años y nueve meses de prisión más multa por el allanamiento de morada. Es obvio que no se respeta la limitación del art. 77.3. La sentencia debe ser casada en este particular. Reindividualizaremos la penalidad en la segunda sentencia valorando entonces la procedencia o no de acudir al reformado art. 77 CP.

CUARTO.- Los motivos cuarto y quinto están estrechamente unidos. El primero solicita una modificación de los hechos por la vía del art. 849.2º para incluir la base fáctica necesaria para alcanzar un tratamiento más generoso del **padecimiento psíquico** (ha sido valorado como atenuante: se reclama su conversión en eximente incompleta). El quinto y último motivo extrae congruentemente las consecuencias jurídicas de esa alteración: esa dualidad de motivos se ajusta perfectamente a las exigencias casacionales del art. 849.2º que tiene un sentido instrumental por lo que en puridad técnica siempre ha de venir acompañado de otro motivo del art. 849.1º LECrim. De ahí se deriva lógicamente que de fracasar la modificación instada vía art. 849.2º el decaimiento arrastrará al motivo por infracción de ley.

Es eso lo que sucede aquí: se invocan como elementos documentales una serie de informes psiquiátricos y documentación médica sobre padecimientos psíquicos del recurrente y su evolución.

Tratándose de informes periciales su aceptación como sustento de un *error facti* exige la unanimidad de todas las opiniones periciales. La Sala (fundamento de derecho cuarto) se basa en un concreto informe forense cuya literalidad y esencialidad respeta. Por más que otros informes pudieran fundar, abonar o prestar más argumentos para la tesis propugnada por el acusado, es obvio que no puede hablarse ni de literosuficiencia ni de opinión unánime. Tal forense calificó de **leve** la alteración psíquica. Eso no ofrece apoyo más que para la atenuante apreciada por la Sala. No puede contraponerse a esa opinión pericial otra realizada en otro procedimiento que fue extemporáneamente aportada pues es de fecha posterior a la sentencia. Afloró en la comparecencia, para la prórroga de la prisión preventiva siendo rechazada con toda razón por el Tribunal. No es prueba practicada en este proceso y no ha traspasado el filtro del juicio oral con la inexcusable contradicción. No puede existir error por parte del Tribunal al valorar una pericial con la que no contaba. Ni cabe en casación la aportación de otros elementos de prueba que en su caso podían abrir otras vías al llegar la firmeza de la sentencia.

Los dos últimos motivos han de ser igualmente desestimados.



QUINTO.- La estimación parcial del recurso determina la declaración de oficio de las costas procesales (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Eulogio** , contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de agresión sexual y otro de allanamiento de morada, **por estimación del motivo tercero de su recurso , y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Málaga con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del **Tribunal Supremo** , constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a dos de Febrero de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº Tres de Málaga , fallada posteriormente por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Octava), y que fue seguida por un delito de agresión sexual, un delito de allanamiento de morada y un delito de amenazas contra Eulogio , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia en cuanto no se opongan a la de casación.

Los dos delitos objeto de condena se encuentran en relación de concurso medial en la forma que se ha razonado en la anterior sentencia.

Las penalidades separadas impuestas por la Audiencia rebasan el tope de lo que podría imponerse conjuntamente antes de la reforma de 2015 (cinco años: máximo de la pena más grave).

Penando por separado el mínimo vendría dado por dos penas de un año de prisión, más la multa que se empareja con la privativa de libertad en el allanamiento de morada. Esos mínimos no se ajustan a la gravedad de los hechos.

Con la legislación anterior el mínimo de la penalidad conjunta sería de tres años de prisión (mitad superior del art. 178); el máximo, cinco años.

Con la legislación hoy vigente según el art. 77 la pena por ambas infracciones no podría ser inferior a un año y un día de prisión. Ha de rechazarse esa individualización por ser incongruente, aunque se ajuste a la literalidad de la norma. Supondría una penalidad más leve en concreto que la de uno de los delitos cometidos (desaparece la multa).

Por arriba podríamos llegar hasta nueve años (art. 77.3). (STS 863/2015 de 30 de diciembre y Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado).



Entre esos dos márgenes tendremos que elegir las penas (lo que aquí nos deja en libertad, por cuanto concurren agravante y atenuante: art. 66.1.7 CP) que se hubiesen impuesto en concreto para marcar máximo y mínimo y dentro de ellos aplicar art. 66.1.6º CP.

Entre esas dos metodologías penológicas no puede afirmarse tajantemente cuál es la más favorable: dependerá de la opción final concreta. El sistema de 2015 nos permitiría imponer penas más bajas, pero también más largas. Nos atendremos por ello al régimen vigente en el momento de los hechos pues atendida su gravedad objetiva -en virtud de los elementos que ya reseñó el Tribunal *a quo* y que se asumen- nos parece ponderada una pena de prisión de 3 años y 2 meses. El art. 77.2 derogado obligaba a acudir a la mitad superior de la pena más grave que aquí se movería entre 3 y 5 años. Concurre una agravante y una atenuante lo que mantiene la libertad de elección de pena dentro de esa horquilla. Nótese que de suprimirse hipotéticamente la agravante de parentesco también sería no solo imponible sino también proporcionada la pena de tres años y dos meses pues está en la mitad inferior. La relación afectiva previa con la víctima es factor que denota mayor gravedad ya sea como agravante formalizada (como se ha hecho aquí) ya por la vía del art. 66 CP con lo que queda demostrada la irrelevancia penológica del tema que se planteaba en la sentencia de casación. La intensidad de la atenuante apreciada ligada al padecimiento psíquico es en todo caso más significativa.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Eulogio, como autor responsable de un delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 178 del Código Penal, en concurso medial del art. 77.3 del mismo cuerpo legal con un delito de allanamiento de morada tipificado y penado en el artículo 202.2 del referido texto con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, y la atenuante analógica del artículo 21.7 en relación con los arts. 21.1 y 20.1 del Código Penal, a la pena de **TRES AÑOS y DOS MESES DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual periodo, y la prohibición de acercarse a Da Soledad, a menos de 500 metros, tanto de persona, domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar de uso frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de **DIEZ AÑOS**.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia salvo las penas asignadas por separado al delito de allanamiento de morada que quedan sustituidas por la aquí impuesta. En particular se ratifican las decisiones sobre costas y abono de prisión preventiva.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.