



Roj: **STSJ GAL 7338/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:7338**

Id Cendoj: **15030310012022100117**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2022**

Nº de Recurso: **75/2022**

Nº de Resolución: **116/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ANTONIO VARELA AGRELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 606/2022,**  
**STSJ GAL 7338/2022**

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

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00116/2022

-

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N

Telf: 981184876 Fax: 981184887

Correo electrónico:

Equipo/usuario: KD

**Modelo:** 001100

**N.I.G.:** 32054 43 2 2018 0004940

**ROLLO:** RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000075 /2022

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

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000015 /2020

RECURRENTE: Pelayo

Procurador/a: MARIA PAZ FEIJOO-MONTENEGRO RODRIGUEZ

Abogado/a: ROCIO BELENDA LOSADA

RECURRIDO/A: Filomena

Procurador/a:

Abogado/a:

**SENTENCIA Nº 116/2022**

Excmo.Sr. Presidente :

D. José María Gómez y Díaz-Castroverde.

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Varela Agrelo - ponente.



Don Carlos Suárez-Mira Rodríguez.

A Coruña, a diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

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 75/22) el Procedimiento Sumario seguido en la 2ª de la Audiencia Provincial de Ourense (rollo número 15/2020), partiendo de la causa que con el número 37/2018 tramitó el Juzgado de Instrucción número 3 de Ourense por delito de abusos sexuales contra el acusado Pelayo . Es parte apelante en este recurso el mencionado acusado y condenado, representado por la procuradora Dª María Paz Feijoo-Montenegro Rodríguez y con la asistencia letrada de Dª Rocío Belenda Losada. Es parte apelada el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercida por Dª Filomena .

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Antonio Varela Agrelo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** La sentencia dictada con fecha 14/06/2022 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ourense contiene los siguientes hechos probados:

" **ÚNICO:** Se declaran probados los siguientes hechos: el acusado, Pelayo , nacido en Ecuador el NUM000 de 1994, sin que conste su situación administrativa, y sin antecedentes penales, el día 29 de septiembre de 2018, tras mantener contacto a través de Instagram con Filomena , nacida el NUM001 de 2003, y tras la petición de ésta de acudir a su vivienda a beber alcohol, la acogió en su casa. Una vez llegó ésta, ambos procedieron a beber tequila, sintiéndose la menor indisputada, llevándola el procesado a su habitación, metiéndose ella en la cama vestida, y, transcurrido un tiempo, se levantó y se dirigió al baño a vomitar, manchándose la ropa al hacerlo, por lo que aquel la llevó a dicha dependencia, donde la desnudó y la metió en la ducha, desnudándose también él e introduciéndose en la misma donde aseó a Filomena . A continuación, ambos se metieron en la cama donde el procesado, con ánimo libidinoso, procedió a besar a la menor y le aproximó la boca a la vulva, procediendo a lamerla, le introdujo un dedo en la vagina e hizo ademán reiterado de penetrarla vaginalmente, si bien cesó ante la negativa de aquella, llegando un momento en el que finalmente se quedaron dormidos hasta el día siguiente en el que ella se marchó sobre las 12.00 horas. "

**SEGUNDO:** El fallo de la mencionada sentencia es como sigue:

" **Que debemos condenar y condenamos** al procesado, Pelayo , como autor responsable de un delito de abuso sexual, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A MENOS DE 200 METROS DE LA MENOR Filomena , A SU DOMICILIO, O CUALQUIER LUGAR FRECUENTADO POR ELLA ASÍ COMO LA DE COMUNICAR CON LA MISMA POR CUALQUIER MEDIO, DURANTE EL PLAZO DE OCHO AÑOS, y la pena de LIBERTAD VIGILADA QUE COMPRENDERÁ LA PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A MENOS DE 200 METROS DE LA MENOR O COMUNICAR CON LA MISMA POR CUALQUIER MEDIO, POR PLAZO DE OCHO AÑOS.

En concepto de responsabilidad civil, el procesado indemnizará a la menor Filomena en la cantidad de 3.000 euros, más intereses legales.

Se impone al procesado el pago de las costas causadas. "

**TERCERO:** La representación procesal del acusado interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, y el Ministerio Fiscal lo impugnó.

**CUARTO:** Mediante providencia del pasado 6/09/2022 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio de particulares de los autos, designándose Magistrado Ponente.

**QUINTO:** La Sala, por providencia del pasado día 13/10/2022, acordó conceder a las partes un plazo de diez días para formular alegaciones a la vista de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre.

**SEXTO:** Mediante providencia del pasado día 9/11/2022 la Sala señaló el siguiente 14 de noviembre para votación y fallo del recurso.

## HECHOS PROBADOS

Se acepta el relato de hechos de la sentencia recurrida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: SOBRE LA CUESTION CONTROVERTIDA**

Frente a la sentencia condenatoria reseñada anteriormente interpone el acusado recurso de apelación, en el que se plantea en las siguientes los siguientes motivos:

- a) vulneración de la **presunción de inocencia**
- b) infracción de los del artículo 181.1 y 3 del Código Penal, con fundamento en la excepción recogida en el artículo 183 quater.
- c) inaplicación de la atenuante analógica en relación con el artículo 183 quater

Pasamos a analizar por su orden cada uno de ellos.

**SEGUNDO: SOBRE LA VULNERACION DE LA PRESUNCION DE INOCENCIA**

Se alega en primer lugar infracción del artículo 24 de la CE en relación con la vulneración de la **presunción de inocencia**.

Señala el recurrente que los hechos probados no encuentran soporte fáctico suficiente, al asentarse en la declaración de la víctima y corroboraciones exteriores que ha encontrado el Tribunal de dicha versión.

Insiste el recurrente en que el acusado desconocía la edad de la menor, sin que sea suficiente el conocimiento de qué iba al instituto. Igualmente discrepa del relato de la dinámica de los hechos, admitiendo que los actos sexuales acaecidos fueron consentidos, siendo incoherente que al día siguiente se mantenga contacto por WhatsApp dándole las gracias. Por todo ello, y a la vista de las contradicciones, concluye la incorrecta valoración de la prueba con la consecuencia de la denunciada vulneración del derecho a la **presunción de inocencia**.

En realidad, lo que se está aduciendo es un error en la valoración probatoria por lo que interesa en primer lugar reseñar el ámbito de las facultades revisoras de este tribunal. En este sentido la reciente, STS 570/2022 de 8 de Junio señala

*"Importa, por eso, fijar primeramente nuestra atención en los límites y objeto del recurso de apelación. Lo haremos de la mano de una muy reciente resolución dictada por este mismo Tribunal Supremo, sentencia número 136/2022, de 17 de febrero . Se explica en ella que: <<Por lo que se refiere al contenido devolutivo del recurso de apelación, este varía esencialmente en atención al tipo de sentencia, absolutoria o condenatoria, contra la que se interpone. Hasta el punto de poder afirmarse, sin riesgo a equívoco, que coexisten dos submodelos de apelación con más diferencias que elementos comunes.*

*Cuando el recurso de apelación se interpone contra una sentencia absolutoria, la reforma de 2015 ha vedado, en términos concluyentes, que el tribunal de segunda instancia reconstruya el hecho probado a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia absolutoria y la condena del absuelto, cuestionando el fundamento normativo de la decisión a partir de los hechos que se declaran probados.*

*Por contra, cuando los gravámenes afectan al cómo se ha conformado el hecho probado o cómo se ha valorado la prueba solo pueden hacerse valer mediante motivos que posibiliten ordenar la nulidad de la sentencia recurrida. Lo que solo acontecerá si, en efecto, se identifican defectos estructurales de motivación o de construcción que supongan una fuente de lesión del derecho de quien ejercita la acción penal a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE ...*

*... Por su parte, cuando la apelación se interpone contra una sentencia de condena el tribunal ad quem dispone de plenas facultades revisoras.*

*El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la **presunción de inocencia**. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado.*

*Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la **presunción de inocencia** de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia.*

*Como destaca el Tribunal Constitucional en la importante STC 184/2013 -por la que, en términos contundentes, se sale al paso de fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena,*



*extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002 -, "el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de novum iudicium, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002 , no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".*

*Alcance devolutivo que no viene sometido a ninguna precondition valorativa derivada de la no inmediación, como también parece sostener el recurrente.*

*Debe insistirse en que la inmediación constituye, solo, un medio o método de acceso a la información probatoria. La inmediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La inmediación no blindo a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior..*

La sala, tras efectuar dicha revisión, no detecta, tal error.

La víctima, desde su primera declaración mantuvo una versión sustancialmente similar de los hechos, reconociendo que fue ella la que le llamo para quedar y que voluntariamente y por su deseo fue a su casa, a beber, porque estaba mal con su padre, que él no le obligo a beber, y que tampoco la forzó en ningún momento. También que al día siguiente le envió un wasap dándole las gracias. Pero, dicho esto, también relato como, tras la ingesta excesiva de alcohol, él se propasó, primero con tocamientos por encima de la ropa, y tras vomitar ella , la llevo a la ducha , la desnudo y la limpió, llevándola a la cama, donde también se acostó el acusado, besándola, haciéndole un cunnilingus; que ella se dejó hacer, y llegando a introducirle un dedo en la vagina, y aunque intento penetrarla ,no lo hizo ante su oposición.

Tal relato es creíble y supera los criterios que establece el TS sobre la declaración única de la víctima como prueba valida de cargo. Se carece de incredibilidad subjetiva, pues tenían una buena relación , concurre una persistencia en la incriminación, y además el relato resulta verosímil , en especial si lo contrastamos con la versión parcialmente coincidente que da el acusado, el cual reconoce que ambos bebieron alcohol, que ella vomito, que la desnudo y la llevo a la ducha para limpiarla y que luego la acostó en su cama y el hizo lo propio a su lado, que le dio un beso, si bien en cuanto ella se niega a mantener relaciones completas el desiste y se quedan ambos dormidos. El contraste de las contradicciones, parciales entre ambos relatos ha de decantarse en favor de la veracidad de la declaración de la víctima por los motivos expuestos. En efecto, el acusado cuando se llega a los actos de carácter sexual más relevantes alega lagunas de memoria de escasa capacidad de convicción, siendo por el contrario coherente el relato de la joven en relación con la dinámica aceptada por ambas partes.

Pero, además de dicha prueba principal, concurren corroboraciones periféricas, como la declaración del padre, que fue quien hace la denuncia, a pesar de la renuencia de la joven a reconocer los hechos, y describe su estado y aspecto cuando llega a casa al día siguiente. También cuando confirma la versión de su hija sobre el muy notable descenso del rendimiento escolar tras lo acaecido

Igualmente, las peritos del IMELGA cuando informan que no creen que este fabulando, considerando creíble su relato.

En definitiva, existe prueba suficiente, de carácter incriminatorio, la cual fue obtenida con respeto de las garantías del derecho de defensa, y que ha sido valorada de forma racional por el Tribunal.

**TERCERO:** SOBRE LA INFRACCION DEL ART. 181.1 Y 3 EN RELACION CON LA EXCEPCION DEL ART. 183 QUATER.

Mantiene el recurrente, consciente de la **presunción** de falta de capacidad de las menores de 16 años para consentir relaciones sexuales, que no resulta aplicable el tipo penal al concurrir la causa de exoneración del



artículo 183 quater, es decir, que lo ocurrido fueron actos sexuales consentidos con una persona que, aun siendo mayor de edad, esta es próxima a la del menor y con un grado de madurez similar.

Señala que, aunque fuera unos años mayor que ella, había una proximidad de madurez, pues compartían aficiones y tenían vidas parecidas (se conocieron en el parque), y que ella le contaba sus problemas familiares.

Señala el artículo 183 quater

*"el consentimiento libre del menor de 16 años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluya la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica"*

Ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre su interpretación. La muy reciente STS 672/2022 de 1 de Julio, a título de ejemplo

*" En efecto, debemos recordar que los tipos penales relacionados con la indemnidad y libertad sexual de menores de 16 años, tratan de procurar la protección de los menores que al encontrarse en un periodo trascendental de su personalidad, puede ésta verse afectada por actuaciones que puedan condicionar de un modo negativo la vida de futuro de aquellos y de alguna manera, limitada su propia dignidad, por lo que es irrelevante el consentimiento de la menor en este tipo de delitos.*

*En este sentido cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto.*

*En efecto, tratándose de menores de 16 años, los artículos citados establecen una **presunción** iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y libre voluntad de acción exigibles.*

*Hay **presunción** porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es solo posible y siendo iuris et de iure no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de una capacidad que la ley considera incompleta, porque en esas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contra estímulos fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su identidad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda la fuerza el argumento de la intangibilidad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.*

*Consecuentemente en los supuestos de menor de 16 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resultando irrelevante el consentimiento de aquel en mantener relaciones -u otra conducta relacionada con el ámbito sexual- toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la voluntad de éste.*

*En estos supuestos hay una **presunción** legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en virtud de esta **presunción** legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica (ver STS 147/2017, de 8-3).*

*Es cierto -como hemos dicho en reciente STS 446/2022, de 5-5 - que la reforma LO 1/2015 añadió un nuevo artículo, el 183 quáter, que establece que "el consentimiento del menor de dieciséis años excluye la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez."*

*De la lectura de dicho precepto se desprende que tras la reforma de 2015 nuestro C.P. establece una **presunción** iuris tantum de falta de capacidad de los menores de 16 años para consentir. Para enervarla no será suficiente con acreditar la madurez del menor, sino que será necesaria igualmente la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente. La eficacia del consentimiento es admitida en nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima.*

*En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6-6, sobre la interpretación del art. 183 quáter del CP, se contienen las siguientes conclusiones:*





1ª El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 quater CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2ª El Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3ª El art. 183 quater no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4ª Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

5ª La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatar caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez..."

Como puede apreciarse la excepción precisa de un análisis casuístico a luz de los parámetros reseñados.

Ha de resaltarse, en primer lugar, que, en el caso que enjuiciamos la víctima había bebido una importante cantidad de alcohol, que había vomitado, y que lógicamente se encontraba con sus facultades disminuidas por tal intoxicación etílica, por lo que ya desde el primer elemento a chequear, no puede hablarse de un consentimiento libre.

Con independencia de ello el acusado tenía 24 años (segundo tramo de adultos jóvenes conforme a lo antes transcrito y 9 más que la menor), y la víctima 15, diferencia considerable que no solo se reflejaba en el dato cronológico, sino en el ser una persona con una vida independiente, que trabajaba desde los 18 años, a diferencia de la menor, que se encontraba escolarizada y vivía con sus padres.

Por otra parte, la pericial del IMELGA concluye que la niña tenía un grado de madurez conforme a su edad, sin que conste el grado de madurez del acusado, por no haberse practicado prueba alguna en relación a dicho extremo.

En consecuencia, ningún motivo existe para modificar el criterio del tribunal que ya descarta la alegación exoneradora del citado artículo.

El motivo en consecuencia se desestima.

#### **CUARTO: SOBRE LA ATENUANTE ANALOGICA**

Tras reseñar los presupuestos para la apreciación de una atenuante analógica, solicita el recurrente, subsidiariamente a la aplicación del artículo 183 quater, que se aprecie la concurrencia de una atenuante analógica.

Habrà que deducir que tal petición se fundamenta en la concurrencia solo parcial de alguno de los presupuestos para la aplicación de la exoneración rechazada en el fundamento anterior.

Sobre la posibilidad de construir una atenuante de esta naturaleza esta naturaleza la reciente STS 401/2022 de 22 de Abril:

" La construcción analógica de atenuantes que posibilita el artículo 21. 7º CP tiene como objetivo garantizar en todo caso la correspondencia entre la pena y los concretos indicadores de gravedad del injusto, de culpabilidad o de merecimiento del autor, atendidos los fines político-criminales concurrentes.

Objetivo de especial relevancia constitucional, por nutrirse de los principios de proporcionalidad y humanidad que se decantan de los artículos 9 y 25 CE , que explica, precisamente, que esta Sala haya interpretado con amplitud los presupuestos de identificación extensiva de la atenuación.

Como hemos reiterado, la clave no reside tanto en la concurrencia de condiciones normativas de aplicación próximas o equiparables a las circunstancias típicas, sino en la apreciación de datos objetivos que adquieran un significado relativamente equivalente al que sustenta aquellas para aminorar el reproche penal. La fórmula



*análoga de atenuación debe nutrirse del fin de protección al que responde la atenuante típica a la luz, además, de las concretas condiciones de merecimiento de la persona acusada -vid. STS 695/2021, de 15 de septiembre -.*

*Esa necesaria conexión con los fines de protección de las respectivas atenuantes típicas, con el «sentido intrínseco» al que se refería la STS de 20 de diciembre de 2000, y no tanto con los aspectos más formales o puramente descriptivos, permite identificar dos claros riesgos derivados del uso de la herramienta análoga contemplada en el artículo 21. 7º CP. Uno, la sobreutilización extensiva y, otro, la sobreutilización oclusiva.*

*El primero, la sobreutilización extensiva, se refiere a la creación de fórmulas de atenuación carentes de toda conexión teleológica con las atenuantes típicas. Los jueces no disponemos de un ilimitado «motor de búsqueda» de atenuantes. Cuando no es posible trazar la análoga significación con las categorías normativas típicas de referencia debe presumirse que la opción racional del legislador ha sido, precisamente, no incluir otras atenuaciones. Por exigencias estructurales derivadas de nuestro modelo constitucional, basado en la idea de la división del poder y del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, no pueden generarse atenuaciones no previstas y desconectadas del sentido y los fines a las que responden las atenuantes típicas. Supondría un nítido acto de creación normativa desconectado de la herramienta análoga de la que se dispone y, desde luego, de la propia legitimidad que la Constitución atribuye a los jueces como agentes del poder."*

En relación con tal posibilidad conectada a la exoneración prevista en el art. 183 quater, la reciente STS 672/2022 de 1 de Julio, antes citada, asume tal posibilidad en sintonía con el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 de 06/06 que señala:

*" Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación.*

*Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante análoga como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez."*

Además recuerda la sentencia que en el Derecho Comparado la posibilidad de aplicar simples atenuaciones en los países que contemplan este tipo de excepciones es bastante común.

Y añade:

*" Desde luego, no parece existir inconveniente a su valoración puesto que el art. 66.6 CP permite atender a las "circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho ", cuando no concurren agravantes ni atenuantes.*

*Más compleja es la posibilidad de apreciar en estos casos una circunstancia atenuante de análoga significación conforme al art. 21.7ª CP. Con carácter general, "la doctrina jurisprudencial no acepta una minoría de edad incompleta que pueda dar lugar a la aplicación de una atenuante análoga" ( STS nº 922/2012, de 4 de diciembre ). De hecho, "por sí sola, la edad del autor del delito, una vez superada la legalmente prevista para la aplicación de la legislación especial relativa a la responsabilidad penal de los menores, no puede operar influyendo en la culpabilidad del autor del ilícito" ( STS nº 154/2009, de 6 de febrero ).*

(...)

*Sin embargo, en el ámbito del art. 183 quater la ratio essendi del tratamiento especial no es la simple alegación de la edad.*

*El Tribunal Supremo ha considerado que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía "las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido" ( SSTS nº 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre, entre otras). La propia rúbrica del Capítulo II bis, al referirse a "abuso " (excluyendo las conductas de agresión sexual por no obedecer a actos consensuados, como ya se dijo), indica con claridad que nos encontramos en este supuesto. La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación.*

*Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante análoga con relación al art. 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia de consentimiento."*



Desde la anterior configuración del ámbito de la atenuante analógica, y atendiendo a las circunstancias del caso, entiende la Sala que no procede su aplicación. A pesar de que la joven estaba cercana a la edad de 16 años, el acusado tenía una edad y vida muy diferente, apareciendo como especialmente relevante, además, la disminución de facultades provocada por la intoxicación etílica de la víctima, lo que incrementa el reproche de la acción y con ello aleja la procedencia de aplicar una atenuación de la pena, pues desconecta el supuesto con los elementos del tipo penal que le sirve de referencia.

#### **QUINTO** : REFORMA DEL CODIGO PENAL MEDIANTE LO 10/2022

Esta Sala dio traslado a las partes sobre la eventual incidencia de la LO 10/2022, especialmente en lo que atañe al ámbito penológico, teniendo en cuenta el cambio operado, emitiéndose por el MF dictamen en el sentido de que procede la rebaja en virtud de la nueva regulación de 8 a 6 años.

En efecto, la nueva regulación del acto de carácter sexual con menores en su modalidad de acceso carnal ( art. 183.1 del CP) parte de una pena mínima de 6 años, a diferencia de la anterior regulación que fijaba tal grado mínimo en 8.

Es evidente que se trata de una reforma favorable al reo, y ello obliga a la Sala, en aplicación del art 9.3 de la CE y 2.2 del Código Penal , a aplicar retroactivamente la nueva disposición, pues la LO 10/2022 carece de Disposición Transitoria que pudiese llevar-eventualmente- al análisis de una solución diferente, toda vez que , en el presente caso , el Tribunal de instancia aplicó la pena mínima, una pena, que en la redacción vigente es inferior en la medida expresada.

Consecuencia de todo ello y acogiendo el dictamen del MF que asume y comparte la Sala procede, por ministerio de la ley y a pesar de la confirmación de la sentencia, la rebaja de la pena impuesta de 8 a 6 años de prisión adecuándose a dicha medida las medidas accesorias.

#### **SEXTO**: COSTAS

No constando méritos reforzados de temeridad procesal y compareciendo como única parte contradictora (necesaria) el Ministerio Fiscal, las costas de esta segunda instancia serán de oficio ( artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

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

#### **FALLO**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Pelayo contra la sentencia dictada el día 14 de junio de 2022 por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Ourense, si bien por ministerio de la ley se rebaja la pena a seis años de prisión, manteniéndose las medidas accesorias adecuándolas al tiempo de la condena.

Se declaran de oficio las costas.

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, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.