



Roj: **STS 2136/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2136**

Id Cendoj: **28079120012021100439**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2021**

Nº de Recurso: **10753/2020**

Nº de Resolución: **422/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 8733/2020,**  
**STS 2136/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 422/2021**

Fecha de sentencia: 19/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10753/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10753/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 422/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 19 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10.753/2020P interpuesto por Cristobal , representado por la procuradora de los Tribunales D.ª Dolors Ribas Mercader y bajo la dirección letrada de D. Jordi Sin Utrilla contra la Sentencia nº 268, de fecha 13 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de Apelación nº 155/2020, que resuelve los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia 159/2020, de 24 de febrero, dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo Sumario nº 28/2018.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En el procedimiento sumario nº 28/2018 (procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell), seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 24 de febrero de 2020, se dictó sentencia condenatoria para Cristobal como responsables de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal a víctima especialmente vulnerable por razón de su enfermedad y discapacidad, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO. - Sobre las 12 horas del día 15 de enero de 2018, el acusado, Cristobal , y Erasmo , como trabajadores autónomos, se dirigieron al domicilio de María Angeles , sito en CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Sabadell a los efectos de entregar un sofá que la misma había comprado en el establecimiento BARIMUEBLE SA., sito en el centro comercial BARICENTRO, ubicado en Carretera nacional 150 km. 6,7 de la localidad de Barberá de/ Vallés. Los señores Cristobal y Erasmo accedieron al interior del domicilio de la Sra. María Angeles , quien se encontraba sola con su mascota, colocaron el sofá y abandonaron la vivienda, despidiéndose el procesado Sr. Cristobal de la Sra. María Angeles con dos besos en la mejilla.

SEGUNDO. - Dª María Angeles , de 24 años de edad, tiene diagnosticado un Síndrome de Asperger, trastorno de base neurobiológica, que ha evidenciado en la Sra. María Angeles , desde la infancia, y entre otros síntomas dificultades adaptativas en todos los ámbitos, con afectación de la comunicación y en la interacción social, lo cual es notoriamente perceptible para cualquier persona. Por este trastorno, la Sra. María Angeles tiene reconocido un grado de discapacidad del 33% con efectos desde fecha 23 de febrero de 2016.

TERCERO. - Sobre las 15,30 horas del día 15 de enero de 2018, el acusado Cristobal , siendo conocedor de la vulnerabilidad de la Sra. María Angeles y aprovechándose de dicha circunstancia, regresó al domicilio de ésta y logró que le dejara acceder nuevamente al interior de su vivienda al proporcionarle justificaciones relativas al estado y funcionamiento del sofá entregado horas antes y haciendo uso de su condición de repartidor. Una vez en el interior, el señor Cristobal comenzó a conversar con la SRA María Angeles , preguntándole aspectos de su vida personal, hasta que se acercó a la perra de la misma; y la cogió en brazos provocando que el animal comenzara a gruñir. Por esta razón, la Sra. María Angeles se aproximó al procesado para coger a su perra, momento en que el acusado rodeó con sus brazos a María Angeles , y, con ánimo libidinoso, comenzó a tocarle -el culo por debajo de la falda que vestía y por encima de la ropa interior y a palparle los pechos por debajo de la parte de arriba del pijama que portaba, no llevando aquella sujetador. En dicho momento, la Sra. María Angeles se giró para dejar a su perra em el suelo, y le preguntó que qué estaba haciendo, pero el acusado con el mismo ánimo, continuó tocándole los pechos y comenzó a restregar su pene contra el culo de la perjudicada. Acto seguido, empezó a besarla en el cuello, deslizó su mano hasta los genitales de la Sra. María Angeles y le introdujo los dedos en la vagina, intentando masturbarla, momento en que la Sra. María Angeles se soltó y se dirigió hacia el otro extremo del salón, diciéndole al procesado que se fuera de su vivienda, haciendo éste caso omiso. El señor Cristobal en dicho momento, cogió de nuevo a la perra de la Sra. María Angeles en brazos, al tiempo que miraba a la perjudicada y le manifestaba -lo bien que se llevaba con su perrita y que se la podía llevara su casa, consiguiendo así que la Sra. María Angeles se acercara nuevamente a él para recuperarla. Entonces, el acusado con ánimo libidinoso y aprovechándose de las facilidades comisivas en que le situaba la minusvalía psíquica de la Sra. María Angeles , la agarró nuevamente, comenzó a lamerle el cuello y a tocarle los pechos y, de nuevo, introdujo sus dedos en su vagina y comenzó a masturbarla. Acto seguido, le subió la falda, le bajó las medias, los pantalones cortos, las bragas que vestía, le quitó, la compresa y la besó repetidamente en la vagina, permaneciendo inmóvil la Sra. María Angeles pensando que el acusado podía hacerle algo a su mascota. Sin embargo, la perjudicada, con ánimo de frenar al acusado, le comenzó



a manifestar que tenía el periodo, que parara, pero él le contestaba con expresiones tales como "estamos solos, no pasa nada, vamos a la cama". A continuación, agarró a la Sra. María Angeles por ambos costados, situándose detrás de ella, y trató de llevarla hacia el dormitorio, momento en que la Sra. María Angeles estiró enérgicamente del procesado en dirección hacia la puerta del domicilio mientras él la sujetaba y, finalmente la Sra. María Angeles se soltó del acusado y alcanzó la puerta principal, la abrió y gritó al Sr. Erasmo que se fuera de su domicilio. Pese a ello, el acusado no depuso su actitud y con una mano sujetó el hombro de la perjudicada contra la pared y, con la otra mano empujó la mano con la que la Sra. María Angeles sostenía el pomo de la puerta hasta que la cerró, mientras que él le manifestaba "tranquila, tranquila, ya me voy". Acto seguido, el acusado con ánimo libidinoso, la cogió por los brazos, la besó en la boca, tratando de introducir bruscamente su lengua en el interior de la boca de ella, comenzó a chupar su cuello y, tras dejar libre una de sus manos, la acercó a sus genitales, comenzando a masturbarla. Con la mano que el acusado tenía libre, bajó la ropa interior de la Sra. María Angeles, desabrochó su pantalón, sacó su pene y comenzó a restregarlo contra la vagina al tiempo que la besaba, permaneciendo la perjudicada sin moverse, preguntándole el procesado a qué hora regresaba a casa su marido y, de repente, el Sr. Cristobal decidió cesar en su conducta, atarse los pantalones y subirle la ropa a la Sra. María Angeles para, a continuación, manifestar a la misma que se iba y que no contara nada a su marido, mientras continuaba dándole besos y le decía "eres muy linda", para finalmente, abandonar el domicilio.

CUARTO. -Como consecuencia de estos hechos, Doña María Angeles presenta un aumento de los síntomas ansiosos-depresivos desarrollados por su patología de base (síndrome de Asperger), reactivos, con conducta evitativa y estrés postraumático, que han requerido para su sanidad de tratamiento psíquico y farmacológico.

La Sra. María Angeles presenta, además, síntomas de re-experimentación y evitación que le han imposibilitado el normal contacto sexual con su pareja, hipotimia, sentimiento de incapacidad e inferioridad, ideas de muerte fluctuantes, ansiedad intensa al quedarse sola en casa, ansiedad en forma de crisis, apatía y falta de iniciativa en la interacción interpersonal, labilidad emocional, así como ideas autolíticas. La misma requirió nueva asistencia psicológica y psiquiátrica por empeoramiento de su estado de base, precisando aumento de la medicación e intensificación de la terapia, presentando un incremento de la ansiedad basal y episodios de pánico relacionados con el abuso sexual padecido.

Como consecuencia del proceso, presenta como secuelas una agravación de su depresión, en 5 puntos y un trastorno por estrés postraumático en 2 puntos, requiriéndose de forma orientativa para alcanzar la estabilidad lesional un total de 90 días de baja. No consta renuncia expresa de la Sra. María Angeles a la indemnización que le pudiera corresponder por estos hechos.

QUINTO. - Cristobal lleva en situación de prisión provisional por estos hechos desde el 17 de enero de 2018, adoptada mediante Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Sabadell de la misma fecha, y siendo mantenida dicha situación personal por medio de Auto de fecha 25 de enero de 2018 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Sabadell".

**SEGUNDO.**- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Cristobal, como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal con introducción de miembros corporales a víctima especialmente vulnerable, por razón de su enfermedad y discapacidad, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena si procediera, y prohibición de aproximarse a María Angeles a menos de mil metros de su lugar de domicilio, trabajo o cualquiera otro que frecuente y de su persona durante un período de tiempo de OCHO AÑOS, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por el mismo plazo. Se impone al sr Cristobal la medida de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, durante CINCO AÑOS, cuya concreción se determinará por el trámite previsto en el art 106 del Código Penal.

En materia de responsabilidad Civil el acusado deberá indemnizar a María Angeles en la cantidad de 14.618 euros por los perjuicios psíquicos y morales causados. De dicha cantidad se descontará la de 800 euros consignados en la cuenta de esta Sección, haciéndose entrega de dicho importe a la víctima.

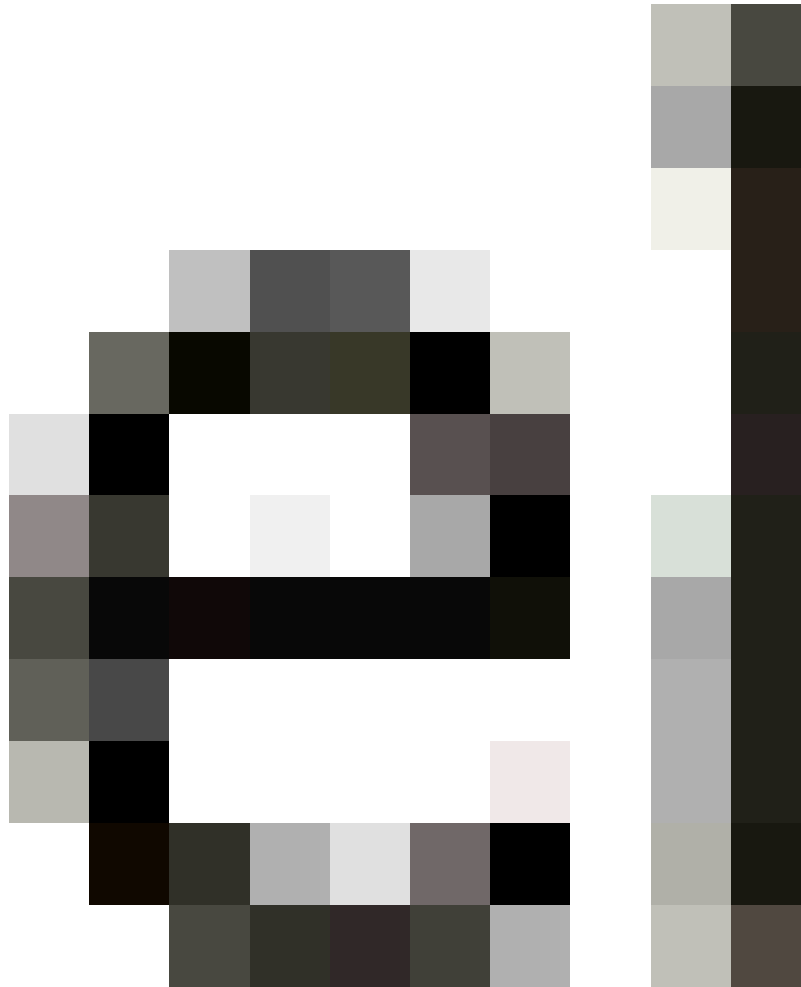
Se condena asimismo a Cristobal al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Absolvemos a Cristobal del delito de agresión sexual por el que fue acusado".

**TERCERO.**- Interpuestos Recursos de Apelación por el Ministerio Fiscal y por el condenado contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia nº 268, de fecha 13 de octubre de 2020 con el siguiente encabezamiento:



"VISTO por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, integrada por los magistrados al margen expresados, el rollo de apelación número 155/2020, formado para substanciar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 24 de febrero de 2020, aclarada por auto de fecha 10 de marzo de 2020, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2?) en el Rollo Sumario n o 28 de 2018, procedente del Sumario n o 3/2018 del Juzgado de Instrucción n o 1 de Sabadell (Barcelona), por un delito contra la libertad sexual de agresión sexual, contra el acusado D. Cristobal ; siendo apelante



MINISTERIO FISCAL representado por el Ilmo Sr. A. Franco, y parte apelada la procuradora Da María Dolores Ribas Mercader en nombre y representación de D. Cristobal , asistido del letrado D. Jordi Sin Utrilla, que asimismo interpuso recurso de apelación, que ha sido impugnado por la acusación particular de Da María Angeles , represehtada por la procuradora D a Carme Quintana Rodríguez, y defendida por la Abogada Da Elisabet Tres Arribas.

Ha correspondido la ponencia de la causa al Magistrado Ilmo. Sr. D. CARLOS MIR PUIG, quien expresa el parecer unánime del Tribunal".

Los hechos probados de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 13 de octubre de 2020 son:

"Único.- Se aceptan y mantienen los reproducidos ya como probados en la sentencia de la Audiencia en su integridad el relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, salvo que el acusado actuara aprovechándose de las facilidades comisivas en que la situaba la minusvalía psíquica de la Sra. María Angeles , que no se ha acreditado que el acusado conociera".

Y el FALLO de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 13 de octubre de 2020 es del siguiente tenor literal:

"Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el FISCAL, así como el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Cristobal contra la sentencia dictada por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 24 de febrero de 2020, y DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha sentencia en cuanto DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS



a Cristobal , como autor de un delito de agresión sexual, con acceso carnal por introducción de miembros corporales por vía vaginal, previsto y penado en los artículos 178 y 179 del Código penal pero sin aplicarle el artículo 180.3 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la misma pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, manteniendo igualmente el resto de las penas, medida de seguridad de libertad vigilada y responsabilidad civil, así como pronunciamiento de costas procesales establecidos en la sentencia más arriba referida, y declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes personas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Cristobal , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

**QUINTO.-** La representación legal de Cristobal alegó los siguientes **motivos de casación**:

**1.-** Primer motivo de casación: "Infracción de ley del art. 849,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la existencia de error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en los autos los cuales en ningún caso son contradichos por otros elementos probatorios".

**2.-** Segundo motivo de casación: "Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española que regula un proceso con todas las garantías sin que en ningún caso se pueda producir indefensión ya que el tribunal superior de justicia de Catalunya , sala penal ha agravado la sentencia recurrida sin haber celebrado vista publica ni haber oído en ningún caso al recurrente".

**3.-** Tercer motivo de casación: "Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española que regula la presunción de inocencia ya que el recurrente ha sido condenada por la sentencia recurrida como autor de un delito de agresión sexual mediante acceso carnal mediante introducción de miembros corporales por vía vaginal a la pena de ocho años de prisión sin en el acto del juicio oral se haya practicado prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la misma en relación a los delitos por los cuales ha sido condenada".

**4.-** Cuarto motivo de casación: "Infracción de Ley del art. 849.1. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los art. 178 y 179 del Código Penal que regulan el delito de agresión sexual ya que el recurrente ha sido condenado como autor del mencionado delito a la pena de ocho años de prisión sin que en el presente caso concurren los requisitos para la aplicación del mencionado tipo penal".

**5.-** Quinto motivo de casación: "Infracción de Ley del art. 849,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los art. 178 y 179 del Código Penal ya los hechos imputados serian constitutivos de un delito de abusos sexuales del tipo básico del art. 181.1 del Código Penal o de forma subsidiaria de un delito de abusos sexuales del tipo agravado del art.181.1.4 del Código Penal".

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 8 de febrero de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 18 de mayo de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Motivo primero: "infracción de ley del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la existencia de error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en los autos los cuales en ningún caso son contradichos por otros elementos probatorios".

**1.** La base sobre la que se articula el motivo es un informe médico-forense de 15 de enero de 2018, del que, según opinión del recurrente, se desprende que la acción de introducir los dedos el condenado en la vagina de la víctima no existió, lo que nos lleva a hacer un par de consideraciones previas, de carácter general, relativas al tratamiento de esta prueba.



-- En primer lugar, para decir que, según el art. 849 LECrim, a los efectos del recurso de casación por infracción de ley, se entiende infringida esta: "2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", de manera que, vista la redacción del precepto, es esta una vía de recurso, que, como se deriva de su texto, solo permite corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que, además, ha de resultar de un documento que conlleve una alteración en el hecho probado, que, por lo tanto, ha de ser relevante para alterar el pronunciamiento final del juicio, y siempre teniendo en cuenta que nuestro proceso penal no reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental.

-- En segundo lugar, el tratamiento como prueba documental de los informes periciales, solo admitidos como tal, excepcionalmente, cuando son única prueba, sin contrastar con otras, y ha sido tomada de manera errónea o incompleta, y ello, fundamentalmente, porque no se han considerado documentos, sino como pruebas personales documentadas, que no pierden su naturaleza por el hecho de que quede reflejada en un documento, en la medida que, entrando en juicio y en combinación con el resto del material probatorio, queda sujeta al principio de libre valoración conjunta de todo él, de conformidad con lo dispuesto en el art 741 LECrim. En este sentido, en el fundamento de derecho 17 de nuestra Sentencia 507/2020, de 14 de octubre de 2020, con cita de la jurisprudencia que en ella se menciona, y como destaca la doctrina, decíamos que "es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la Ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" ( art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim. para toda la actividad probatoria, sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 C.E.).

El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia ( STS. 1103/2007 de 21.12). No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba".

**2.** Partiendo de las anteriores consideraciones de carácter general, no puede prosperar el motivo, pues, por un lado, la introducción que se pretende en el hecho probado, con base a dicha pericia, no es relevante de cara al pronunciamiento final condenatorio, mientras que, por otra parte, la valoración de la pericia no puede escapar a esa valoración conjunta de todo el acervo probatorio.

La adición que se pretende en el recurso es que se deje constancia en los hechos probados, de que la víctima fue objeto de un examen médico forense el mismo día de los hechos, en el que se hizo constar que no se apreciaban lesiones vaginales ni en el cérvix y que tenía sangrado compatible con la menstruación, así como que la forense encontró en el interior de sus órganos genitales un pelo, el cual, tras el correspondiente análisis por el Instituto Nacional de Toxicología, se hizo constar que en ningún caso se correspondía con el acusado, adición que no acabamos de encontrar qué relevancia tiene a los efectos de la concreción que precisan los hechos probados, a tenor de lo dispuesto en el art. 142 regla 2ª LECrim, que establece que "se consignarán en resultandos numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados", puesto en relación con la regla 3ª primero, que, relativo a los considerandos, dice que se consignarán "los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados", pues supondría introducir elementos ajenos a la subsunción en el delito por el que se condena y de nula incidencia en desvirtuar los mismos.

La razón por la que se pretende la inclusión de tales datos es, porque, en opinión del recurrente, el informe de la médico forense demuestra que la denunciante estaba en una situación normal, sin que existiera ningún elemento o indicio que acreditara que la misma hubiera sufrido una situación de abuso sexual, y el hecho de



que se encontrara ese pelo avalaría la inocencia del condenado, alegaciones que no compartimos, porque, en lo relativo a ese aval de la presunción de inocencia y que el pelo no fuera del condenado, no se nos explica por qué se considera tal aval, cuando no hubo penetración del pene por vía vaginal, y en lo referente a que el informe forense sirva para mantener que la denunciante no sufrió una situación de abuso, al margen de que no es fácil mantener esto, vista la escoriación lineal submamaria que refleja dicho informe, ya hemos dicho que esa pericia es una prueba más dentro del cuadro probatorio, que ha de ser valorado en su conjunto, como ha hecho el tribunal de enjuiciamiento y le ha permitido llegar a otra conclusión distinta, como así ha sido y ha dado suficiente y razonable explicación de ello, avalada, tras el correspondiente juicio de revisión, por el TSJ, como dejamos avanzado desde este momento, sin perjuicio de la mayor atención que dediquemos a esta cuestión al analizar el tercer motivo de recurso en que se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Procede, pues, la desestimación del primer motivo de recurso.

**SEGUNDO.-** Motivo segundo: "infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española que regula un proceso con todas las garantías sin que en ningún caso se pueda producir indefensión ya que el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala Penal ha agravado la sentencia recurrida sin haber celebrado vista pública ni haber oído en ningún caso al recurrente".

De los hechos que declaró probados la de instancia, dejamos al margen la supresión que la sentencia de apelación hace, de que "el acusado actuara aprovechándose de las facilidades comisivas en que la situaba la minusvalía psíquica de la Sra. María Angeles, que no se ha acreditado que el acusado conociera", porque, además de que no se ha hecho cuestión sobre tal supresión, al ser una corrección favorable al acusado, no está sujeta a las limitaciones a que, como luego diremos, se encuentran las alteraciones en contra, en el caso de recurso contra sentencias absolutorias.

En el desarrollo del motivo se alega que se infringe lo dispuesto en el art. 792.2 LECrim, porque la STSJ, se puede leer en el motivo, "es evidente que agrava la situación del recurrente ya que la misma modifica la calificación de los hechos de la primera (abuso sexual) por un tipo penal con una penalidad mayor (agresión sexual)", con lo que, siendo este el planteamiento, el motivo está abocado al fracaso.

En efecto, establece el referido art. 792.2 que "la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2", artículo este que, en su pf.l, establece que "el escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación".

Pues bien, de la lectura de estos dos preceptos, se puede apreciar que son varios los motivos por los cuales nuestro legislador ha contemplado la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas en primera instancia, a saber, por quebrantamiento de normas y garantías procesales; por error en la valoración de la prueba, y por infracción de ley, y que es solo en lo que concierne a sentencias absolutorias, que se recurran por error en la valoración de la prueba, para las que se establece un régimen específico en el propio art. 792.2, y no para el caso de que el motivo del recurso sea alguno de los otros dos, régimen que cabe complementar con la jurisprudencia emanada del TC, que, sin negar la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias por razones relativas a la valoración de la prueba, lo supedita a la audiencia del acusado absuelto, que es la tesis que se mantiene en el recurso, pero que no podemos acoger, porque, en el caso que nos ocupa, el recurso que interpuso el M.F. contra la sentencia de instancia lo fue por infracción de ley, partiendo de los hechos que declaraba probados dicha sentencia, reduciendo la cuestión a un problema de subsunción, y, como tal, sin salirse de ese cauce lo estimó el TSJ.

En estos términos se ha pronunciado este Tribunal, del que traemos a colación las consideraciones que, al respecto, encontramos en Sentencia 4/2017, de 18 de enero de 2017, en la que se puede leer lo siguiente:

"Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, se impone una breve referencia al estado actual de la jurisprudencia relacionada con la viabilidad de la impugnación de sentencias absolutorias en el marco de la casación penal. En la STS 654/2014, 6 de octubre, nos hacíamos eco de la jurisprudencia constitucional que viene reiterando -cfr. SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; 170/2002, 30 de septiembre- que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro



sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

En consecuencia, ningún obstáculo existiría, de prosperar la impugnación del Ministerio Fiscal, para sustituir el pronunciamiento absolutorio por uno de condena, siempre que fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado en la instancia. De lo que se trata, por tanto, es de decidir acerca de si el juicio de atipicidad suscrito por los Jueces de instancia es o no coherente con la descripción del art. 578 del CP".

El motivo, por tanto, se desestima.

**TERCERO.-** Motivo tercero: "infracción de precepto constitucional del art 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española que regula la presunción de inocencia ya que el recurrente ha sido condenado como autor de un delito de agresión sexual mediante acceso carnal mediante introducción de miembros corporales por vía vaginal a la pena de ocho años de prisión sin en el acto del juicio oral se haya practicado prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la misma en relación a los delitos por los cuales ha sido condenada".

1. Considera el recurrente que el testimonio de la víctima es insuficiente para enervar la presunción de inocencia, pues no cumple el requisito de credibilidad objetiva, en la medida que no viene corroborado por elementos periféricos, los cuales, en todo caso, avalan la inocencia del condenado y para ello vuelve a acudir al informe de la médico forense, así como al del Instituto de Toxicología, a los que ya hizo mención en el primer motivo del recurso. En realidad, el motivo, tal como se desarrolla, encierra una crítica a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal ante cuya presencia se practicó, enfocada desde la invocación de la presunción de inocencia, visto que no siempre se ha considerado prueba suficiente para desvirtuarla el testimonio de la víctima, en el caso de los delitos sexuales.

Sea como fuere, planteado el motivo en tales términos, lo cierto es que encierra una queja sobre la valoración de la prueba efectuada en la sentencia de instancia, superado el juicio de revisión de la misma que corresponde hacer al tribunal de apelación, y si bien, desde este punto de vista, se estaría utilizando la vía del *error facti*, del art. 849.2º LECrim, sin siquiera cumplir con los requisitos mínimos que la jurisprudencia viene exigiendo para su valoración, en la medida que se invocan esos preceptos constitucionales y teniendo en cuenta la voluntad impugnativa que subyace, nos centraremos en lo concerniente a esta, como es la licitud de la prueba practicada, así como en su suficiencia para desvirtuarla y la razonabilidad de las inferencias realizadas, por ser el marco que nos impone, al respecto, nuestro control casacional desde este punto de vista.

Como decimos en nuestra reciente sentencia 344/2021, de 26 de abril de 2021, "el control en vía de recurso sobre el respeto a la presunción de inocencia exige:

- i) depurar el material probatorio para expulsar de él la prueba ilícita o no utilizable por no venir revestida su práctica de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad);
- ii) a continuación, valorar el material restante comprobando si, en abstracto, era razonablemente suficiente para que el juzgador pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y,
- iii) finalmente, testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica.

En principio, sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado tras la revisión en apelación de lo decidido en la instancia y no puede reproducirse en casación sin traicionar el reparto de funciones que nuestro legislador procesal ha establecido entre los Tribunales de instancia y apelación y el de casación".

2. En relación con el testimonio de la víctima, en el caso de delitos sexuales, en esta misma sentencia se hacían consideraciones como las que siguen:

"El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (*testimonium unius non valet*), considerándola insuficiente por "imperativo legal" y no como conclusión





emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal. El abandono de esa regla no constituye una concesión al defensismo o a unas ansias de seguridad que repelerían la impunidad de algunos delitos. Estas ideas no pueden servir de excusa para devaluar la presunción de inocencia.

Las razones de su derogación hay que buscarlas en el sistema de valoración racional de la prueba y no en un pragmatismo defensivo a ultranza que obligase a relativizar o debilitar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la mera "creencia", intuitiva e inexplicada, en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe.

En los casos de "declaración contra declaración" (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos laterales), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto del crédito que merece quien acusa frente a quien proclama su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en un único testigo ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Así lo sostiene nuestra jurisprudencia a semejanza de la de otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, doctrina del BGH).

No es de recibo el argumento que basa la aceptación de esa prueba única en la necesidad de ahuyentar el riesgo de impunidad como se insinúa en ocasiones, al menos aparentemente, al abordar delitos de la naturaleza de alguno de los aquí enjuiciados (violación) en que ordinariamente el único testigo directo es la víctima. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la inasumible máxima "In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado).

Ahora bien, de ahí no puede darse el salto a negar que una testifical, en determinadas condiciones, pueda fundar una certeza más allá de toda duda razonable basamento de una condena".

3. Pues bien, como venimos diciendo, esa valoración de la prueba, hecha por el tribunal de instancia, ha superado el juicio de revisión del de apelación, quien ha verificado haberse cumplido los tradicionales requisitos de ausencia de incredulidad subjetiva y persistencia en la incriminación en el testimonio de la víctima, descartando cualquier viso de mendacidad, a lo que hay que añadir que el mismo va complementado por una serie de elementos o datos objetivos que lo corroboran, entre ellos los Whatsapp que envió la víctima a su marido o la llamada telefónica que le hace, inmediatamente de ocurridos los hechos, diciéndole "creo que me han violado", o las marcas, consistentes en "escoriación lineal de unos 12 cm de longitud horizontal en región submamaria izquierda", que le fueron detectadas por la médico forense en el examen que realizó a la víctima escasas horas después de los hechos, compatibles con la señal que le queda por el gesto que hace para rechazar y soltarse del acusado, o el aval que supone el informe psicológico y las secuelas que refleja, descritas en los hechos probados, en que se deja constancia de que "como consecuencia de estos hechos, Doña María Angeles presenta un aumento de los síntomas ansiosos-depresivos desarrollados por su patología de base (síndrome de Asperger), reactivos, con conducta evitativa y estrés postraumático, que han requerido para su sanidad de tratamiento psíquico y farmacológico", o que "la misma requirió nueva asistencia psicológica y psiquiátrica por empeoramiento de su estado de base, precisando aumento de la medicación e intensificación de la terapia, presentando un incremento de la ansiedad basal y episodios de pánico relacionados con el abuso sexual padecido", todo lo cual confirma esa agresión sexual que relata la propia víctima, ante lo cual solo nos queda por asumir el acierto en la valoración probatoria efectuada por el tribunal de instancia, así como su refrendo, tras el subsiguiente juicio de revisión, por parte del tribunal de apelación.

Procede, por lo tanto, la desestimación de este tercer motivo de recurso.

**CUARTO.-** Motivo cuarto: "infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los art. 178 y 179 del Código Penal que regulan el delito de agresión sexual y que el recurrente ha sido condenado como autor del mencionado delito a la pena de ocho años de prisión sin que en el presente caso concurren los requisitos para la aplicación del mencionado tipo penal".

Repasando las actuaciones, vemos que los hechos por los que las acusaciones pública y particular acusaban los calificaron como constitutivos de un delito de agresión sexual de los art. 178 y 179, en relación con el 180.3 CP, tesis no asumida por la sentencia de instancia, que condena por delito abusos sexuales agravados de los arts. 181.1, 4 y 5, en relación con el 180.3 CP, porque no considera que concurriera el elemento de violencia y/o intimidación que requieren aquellos tipos, ante lo cual recurre la sentencia de apelación la defensa en la idea que, en el peor de los casos para su patrocinado, se vuelva a los abusos sexuales de la primera sentencia.

En el desarrollo que el recurrente dedica al motivo, pese a que lo enuncia por *error iuris*, del art. 849.1 LECrim, que exige partir de un escrupuloso respeto a los hechos probados, no se atiende a ello, sino que introduce



consideraciones relativas a temas probatorios, en las que no cabe entrar, dado el motivo de que se trata, más cuando, además, son similares a las hechas en motivos anteriores, y ya rechazadas en el análisis de los mismos.

Dice la sentencia del TSJ, cuando trata el recurso de apelación del M.F., que "estamos ante una infracción de precepto material, por subsunción de los hechos en un delito continuado de abuso sexual, cuando debería ser en un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP", porque entiende que "del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, deriva la existencia de actos de fuerza de baja intensidad, realizados por el acusado sobre la Sra. María Angeles así como de una intimidación ambiental para atentar contra la libertad sexual de la víctima", pasando, a continuación, a extractar aquellos pasajes de la sentencia de instancia donde se relatan esos actos determinantes de la calificación por la que se decanta.

Por su parte, la sentencia de instancia, en el discurso que despliega a la hora de exponer su criterio de por qué no opta por el delito de agresión sexual y sí por el de abuso sexual, dice que "no existe dato objetivo alguno que permita apreciar en el procesado el ánimo de agredir físicamente o de intimidar a la joven para lograr sus propósitos, ninguno de sus actos es susceptible de ser incardinable en la violencia física o psíquica que separan el delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal por el que se sostuvo la acusación, del delito de abuso sexual y es en el contexto de este último en el que el Tribunal incardina su actuación".

Ciertamente no siempre están claras la frontera entre la violencia y/o intimidación que caracteriza un delito y lo diferencia del otro; ahora bien, lo que no compartimos con la sentencia de instancia es que se refiera al ánimo del agente para tal distinción, cuando ninguna base hay para ello en los hechos probados; ni de su testimonio, una vez escuchado por este Tribunal, se desprende pasaje o fragmento alguno en su declaración para hacer tal consideración, pues, simplemente, se limitó a negar los hechos, cuando hay datos objetivos determinantes de esa violencia o intimidación, que es lo que requiere el tipo, al margen intenciones o motivaciones por parte de quien ejerce el acto con cuya actuación queda subsumida su conducta en el delito.

La sentencia de apelación transcribe los pasajes de los hechos probados de la sentencia de instancia, que refleja esos elementos objetivos definitivos para apreciar la violencia y la intimidación ejercida por el acusado, a los que nos remitimos, de entre los cuales, de manera resumida, extractamos que el acusado cogió de los brazos a la denunciante, que la rodeó con sus brazos tocándole el culo y los pechos, y que, pese a que gritó para que dejase a su mascota, continuó con iguales tocamientos, incluso restregando el pene contra su culo; que le introdujo los dedos en la vagina; que cogió de nuevo a la mascota, manifestando que se la podía llevar a su casa; que agarró de nuevo a su víctima y volvió a lamerle el cuello, tocarle el pecho e introducir los dedos en la vagina y comenzó a masturbarla, que la besó repetidamente en la vagina; que volvió a agarrarla para tratar de llevarla al dormitorio, aunque consiguió soltarse, pero que no depuso su actitud, y la sujetó contra la pared; que la cogió por los brazos; que consiguió bajar la ropa interior de ella, sacó su pene y lo restregó contra la vagina a la vez que la besaba, permaneciendo ella sin moverse.

Con la síntesis que hemos hecho de la actuación del acusado, consideramos que la situación de la víctima va bastante más allá de quien simplemente no da su consentimiento a la relación sexual a la que se ve sometida, sino que evidencia una oposición a ella, expresada tanto verbalmente, como a través actos concluyentes, que solo cabe vencer mediante un acto de fuerza física o psíquica, si se quiere de baja intensidad, como lo considera la sentencia de apelación, pero, en todo caso, característicos de la violencia o de la intimidación que definen el delito de agresión sexual, en el que estos elementos han de ser valorados en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, y, si bien no pueden quedar sujetos a módulos estereotipados, lo que sí abarcan son actos de acometimiento, como golpes, empujones, sujeciones, forcejeos, desgarros, abalanzamientos, en definitiva, actos de fuerza eficaz y suficiente para vencer la capacidad de autodeterminación sexual de la víctima, entre los cuales se encuentran, como explica la sentencia recurrida, las situaciones de intimidación ambiental, con las que se consigue doblegar la voluntad de ésta.

Así lo ha venido considerando de una manera estable nuestra jurisprudencia, como se puede ver en la STS 139 de 2 de febrero de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1657) y las que ella cita, que, en relación con el delito de violación del art. 429 del anterior Código Penal de 1973, en lo que aquí interesa, que es en lo relativo a la fuerza o intimidación, ya decía que "estamos ante un yacimiento violento, donde ha de concurrir fuerza o violencia, resistencia de la mujer y la relación causal entre el primer elemento y la entrega de la mujer. La fuerza o la violencia ha de ser la necesaria, idónea, eficaz y suficiente al propósito carnal. Mas no es preciso que sea irresistible, ni ha de entenderse de modo absoluto, aunque sí lo suficientemente grave para doblegar la voluntad disconforme de la mujer", y de la que, como muestra para diferenciar los actuales delitos de agresión sexual y de abuso sexual, acudimos a la STS 216/2019, de 24 de abril de 2019, en la cual, tras unas consideraciones previas decía lo siguiente:



"De lo todo ello se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y 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. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad.

En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (*vis phisica* 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 cualquier caso, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones a la víctima. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito la agresión sexual, que ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones ( STS 686/2005, de 2 de junio, entre otras).

Recuerda la STS 749/2010, de 23 de junio , con cita de otras precedentes, que la violencia a que se refiere el artículo 178 CP , ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto.

También hemos declarado que la fuerza que se exige ha de ser eficaz y de suficiente entidad objetiva, pero este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior posición y dominio del actor, lo que supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado como se ha dicho.

En tal sentido, la STS 1564/2005, de 27 de diciembre, así como las SSTS de 4 de septiembre de 2000, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002 ó 11 de octubre de 2003, entre otras muchas.

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".

Las consideraciones realizadas, que podemos resumir en esta última frase traída de la mencionada STS 216/2019, nos llevan a la desestimación de este motivo de recurso.

**QUINTO.-** Motivo quinto: "infracción de ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los artículos 178y 179 del Código Penal ya los hechos imputados serían constitutivos de un delito de abusos sexuales del tipo básico del art. 181.1 del Código Penal o de forma subsidiaria de un delito de abusos sexuales del tipo agravado del art. 181.1.4 del Código Penal".

El motivo es un reverso del anterior, con argumentos en pro de aplicar el tipo de abuso sexual del art. 181.1 CP, a base de considerar que los tocamientos y escarceos sexuales del acusado sobre la denunciante los hizo aprovechándose de la situación de confianza que había entre ambos.

En el motivo, el recurrente vuelve a realizar consideraciones relativas a su versión sobre la valoración de la prueba, que, al margen de que ya las hemos descartado en fundamentos anteriores, son incompatibles con el motivo que utiliza, por *error iuris* que, como venimos diciendo, ha de abordarse desde el respeto a los hechos que declara probados la sentencia de instancia, en los cuales no aparece mención alguna que apunte a dicha confianza, la cual, por lo demás, sería irrelevante, a los efectos del delito por el que se condena, por cuanto que, aun siendo cierto que la misma se diese, ello no es incompatible con esos actos de fuerza física e intimidación



recogidos en los hechos probados y resumidos en el fundamento precedente, sobre los que asienta el delito de agresión sexual por el que se condena y descartan el de abuso sexual que se pretende por el recurrente.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

**SEXTO.-** Motivo sexto: "infracción de precepto constitucional del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española que regula el derecho a un proceso con todas las garantías, así como el art. 72 del Código Penal ya que la sentencia recurrida no motiva de forma suficiente y adecuada la imposición al recurrente de una pena de ocho años de prisión como autor de un delito de agresión sexual del art 178 y 179 del Código Penal".

Se queja el recurrente en este motivo, que, para el caso de que fueran desestimados los anteriores y se mantenga la condena por el delito de agresión sexual, se le imponga la pena mínima de seis años y no la de ocho que le fue impuesta en la sentencia recurrida, que se fijó con argumentos genéricos y estereotipados, sin una motivación y justificación razonable, planteamiento que, si bien es comprensible, sin embargo no lo compartimos, y para ello comenzaremos por transcribir el párrafo que, a tal efecto, decida la STSJ:

"En cuanto a la individualización de la pena, es procedente imponer al acusado la pena de ocho años de prisión, que es la mitad inferior imponible ex art. 179 CP (que señala la pena de 6 a 12 años de prisión) atendiendo a la gravedad de los hechos, que impide imponerle la pena en su mínimo, que coincide con la pena ya impuesta por la Sala de instancia, así como las demás penas y medida de seguridad de libertad vigilada, y responsabilidad civil que se contiene en la sentencia de instancia".

Ciertamente, como dice el M.F. al dar contestación a este motivo de recurso, hubiera sido deseable una motivación algo más detallada; sin embargo, en una lectura del razonamiento, esa escasa motivación cabe complementarla por vía de remisión a la que hay en la sentencia de instancia, por la referencia a la coincidencia con la impuesta en esta, que, si bien fue por delito distinto, lo que no varían son las circunstancias personales del autor del delito y del hecho, que ya hemos visto que son elementos que se mantienen, no obstante la distinta calificación jurídica en cada instancia.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial, a la hora de individualizar la pena por el delito de abuso sexual y fijarla en ocho años de prisión, parte de que el marco penológico para este delito era de siete a diez años; ahora, si nos vamos al delito de agresión sexual por el que se acaba condenando, ese arco penológico es de seis a doce años, de manera que, si se comparan ambos marcos, esa misma pena de ocho años guarda igual nivel gravedad para este delito de agresión sexual que para aquel de abuso sexual, y si sucede que para fijarla en la extensión en que la fijó la Audiencia Provincial atendió a las circunstancias de aseguramiento de la acción del acusado, al realizar los hechos en el domicilio de la víctima, a solas, habida cuenta que tales circunstancias siguen siendo las mismas, teniendo en cuenta la remisión de la sentencia de apelación a la de instancia a los efectos de determinación de la pena, queda cumplido ese deber de motivación.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

**SÉPTIMO .-** La desestimación del recurso lleva aparejado, por imperativo del art. 901 LECrim., la imposición de las costas al recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**DECLARAR NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Cristobal** contra la sentencia 268, dictada con fecha 13 de octubre de 2020, por la Sección de Apelaciones de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Rollo de Apelación 155/2020, que se confirma, con imposición de las costas del recurso al recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.