



Roj: **STS 1509/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1509**

Id Cendoj: **28079120012019100299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2019**

Nº de Recurso: **10631/2018**

Nº de Resolución: **249/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2696/2018,**
STS 1509/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 249/2019

Fecha de sentencia: 14/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10631/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10631/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 249/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Díaz



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10631/2018, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 13 de julio de 2018. Ha sido parte recurrida D. Germán representado por la Procuradora D^a Ana María Araujo de Robles Villalón bajo la dirección letrada de D. Cándido Colorado Castellary.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Avilés instruyó sumario 33/2017, por delito de agresión sexual y delito leve de lesiones contra Germán, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo cuya Sección Segunda dictó sentencia (con voto particular) en el Rollo de Sala 51/2017 en fecha 16 de abril de 2018 con los siguientes hechos probados:

"Sobre las 02.30 horas del día 21 de enero de 2017, el procesado Germán, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba caminando por las calles de Avilés en compañía de su amigo Íñigo, cuando a la altura del parque de Ferrera se encontraron con Clemencia que iba para su casa, a la que invitaron a ir a su domicilio, a lo que ésta, tras mostrarse renuente, finalmente accedió.

Una vez dentro de la vivienda, los tres estuvieron en la cocina y tras retirarse a su dormitorio Íñigo, y cuando Clemencia manifestó que quería irse, e iba caminando por el pasillo cuando Germán la agarró de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, donde tras cerrar la puerta con el pestillo, le dijo su deseo de mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó rotundamente, tras lo cual, Germán, lejos de respetar su negativa, le tiró del pelo y la sujetó con los antebrazos y tras bajarle los pantalones, estando ambos de pie, Clemencia apoyada en la pared inmediata a la puerta, la penetró vaginalmente en contra de su voluntad, sin preservativo.

Clemencia trató de abrir el para salir del baño, golpeando la puerta en repetidas ocasiones lo que produjo un ruido que provocó que el amigo del procesado Íñigo, que estaba en su habitación se desplazara hasta el baño preguntando "si todo iba bien", momento en el que Germán abrió la puerta, aprovechando dicha situación Clemencia para vestirse e irse de la vivienda pidiendo a Íñigo que la acompañara, lo que hizo aquél en compañía del procesado, bajando con ambos hasta la puerta del portal, momento en que se dio cuenta de que iba en zapatillas, por lo que retornó al domicilio no sin antes preguntar nuevamente a Clemencia "si iba bien".

El procesado continuó con Clemencia por la calle, caminando detrás de ella, quien le pedía que la dejara, manifestándole que le iba a denunciar, llegando un momento en el que, a la altura de las dependencias de la Policía Local, hubo un forcejeo, tras el cual el procesado Germán abandonó el lugar regresando a su domicilio y comentándole a su amigo Íñigo que Clemencia había accedido a dichas dependencias, y que le había dicho que le iba a denunciar pero que él estaba muy tranquilo.

Al día siguiente, domingo, Clemencia se trasladó a las dependencias de la Policía a formular denuncia por estos hechos, si bien la denuncia se tramitó el lunes 23 de enero, por razones del protocolo aplicable.

La perjudicada, a consecuencia de estos hechos sufrió una erosión en tercio superior cervical izquierdo y una lesión eritemosa cerca de zona tiroidea, que requirió de una primera y única asistencia facultativa, estabilizando las lesiones en 5 días no impeditivos.

El procesado no tiene antecedentes penales.

Segundo.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito de agresión sexual, previsto y penado en los artículos 178 y 179 del Código penal así como un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal, designando como autor al acusado y no apreciando circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solicitó se le impusieran las penas de 9 años de prisión por el delito de agresión sexual, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57.1 y 48 del Código Penal la medida de no aproximarse a Clemencia, ni a su domicilio, ni a su lugar de trabajo, ni a cualquier otro lugar en el que ella se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación, medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual durante diez años; y por el delito leve de lesiones a la pena de 3 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros, con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago de la misma. Y condena en costas.



En concepto de responsabilidad civil el procesado indemnizará a Clemencia en la cantidad de 12.000 euros por las lesiones y daños morales que sufrió, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

De conformidad con los artículos 7.1 e), 13.1 y 2 de la Ley 4/2015 de 27 de abril , interesa se requiera a la víctima para que manifestara si desea ser notificada de los permisos de salida, clasificación penitenciaria, y demás resoluciones que pudieren suponer la puesta en libertad del condenado u otras medidas que pudieran afectarle. En caso de que así fuera, que fueran recabados los datos pertinentes a este fin, de forma reservada, y en particular si consiente en que la notificación se efectúe directamente por el Centro Penitenciario en el que el penado se halle, quien, a su vez, lo comunicaría al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

También se comunicará a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente la finalización del procedimiento, o en su caso, la condena impuesta, a los efectos procedentes en relación con el expediente sancionador.

La Acusación Particular calificó definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito de agresión sexual previsto en los artículos 178 y 179 en relación con el artículo 192 apartado 1 y 106 del Código penal , y un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal designando como autor al acusado, y no apreciando circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal interesó se le impusieran por el delito de agresión sexual 12 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y pago de las costas incluidas las de la Acusación Particular, y por el delito leve de lesiones a la pena de 3 meses de multa cuota de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código penal , impidiendo, además, la prohibición de acudir y comunicar con la víctima y del lugar de residencia, trabajos y prohibición de comunicación con la víctima por tiempo de 15 años. Una vez cumplida la pena privativa de libertad, solicita la imposición de una pena de libertad vigilada con una duración de 8 años.

Por vía de responsabilidad civil indemnizará por daños físicos psicológicos y morales a la víctima en la cantidad de 18.000 euros con los intereses de los artículos 1108 del Código civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Tercero.- La defensa del acusado interesó su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables".

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Oviedo dictó el siguiente pronunciamiento en la referida sentencia: "Fallamos:

Que debemos condenar y condenamos al acusado Germán como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición durante siete años de aproximarse a menos de 500 metros a Clemencia , en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o a un sitio frecuentado por ella, y prohibición de establecer contacto escrito, verbal o visual con la misma por cualquier medio de comunicación durante el citado periodo de siete años, así como la medida de libertad vigilada durante siete años; y por el delito leve de lesiones a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de 2 euros con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria, y pago de las costas del presente juicio, incluidas las derivadas de la actuación de la Acusación Particular.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Clemencia en la suma de seis mil euros, con los intereses legales hasta su completo pago.

Se mantiene la situación de prisión preventiva hasta la mitad de la pena impuesta del acusado, sirviendo de abono el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. Firme esta resolución dese cumplimiento a lo previsto en el art. 89 del C. Penal previa audiencia a las partes.

Obsérvese en la publicación de la presente lo dispuesto en el Art. 906 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Firme esta resolución requiérase el parecer de la perjudicada a los efectos de lo dispuesto en los arts. 7.1 e), 13.1 y 2 de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima .

Contra el presente cabe formular recurso de apelación, para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro del plazo de diez días".

TERCERO.- La sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, quien dictó sentencia en el Recurso de Apelación 21/2018 de fecha 13 de julio de 2018 en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos:



Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el M. Fiscal, así como la acusación particular y la defensa del acusado Germán contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Asturias en las actuaciones de las que dimana el presente rollo, la que Se Confirma.

Se imponen a la recurrentes acusación y defensa las costas del recurso por mitad.

Contra esta resolución cabe recurso de casación".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en los siguientes motivos: ÚNICO: Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1º y 849.1º LECr, por indebida inaplicación de los artículos 178 y 179 CP. e indebida aplicación de los artículos 181.1 2 y 4 y 192 CP.

SEXTO.- Instruidas las partes, Germán a través de su representación legal en autos presentó escrito de impugnación; el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la confirmación del trámite para la sustanciación del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 9 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo condenó, en sentencia dictada el 16 de abril de 2018, a Germán como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición durante siete años de aproximarse a menos de 500 metros a Clemencia, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o a un sitio frecuentado por ella, y prohibición de establecer contacto escrito, verbal o visual con la misma por cualquier medio de comunicación durante el citado periodo de siete años, así como la medida de libertad vigilada durante siete años; y por el delito leve de lesiones a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de 2 euros con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria, y al pago de las costas del presente juicio, incluidas las derivadas de la actuación de la Acusación Particular.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Clemencia en la suma de seis mil euros, con los intereses legales hasta su completo pago.

2. Los hechos objeto de la condena se centraron, en sus aspectos sustanciales, en que, sobre las 02.30 horas del día 21 de enero de 2017, el procesado Germán, cuando se hallaba caminando por las calles de Avilés en compañía de su amigo Íñigo, al llegar a la altura del parque de Ferrera se encontraron con Clemencia que iba para su casa, a la que invitaron a ir a su domicilio. Ésta, tras mostrarse renuente, finalmente accedió. Una vez dentro de la vivienda, los tres estuvieron en la cocina, y tras retirarse a su dormitorio Íñigo, y cuando Clemencia manifestó que quería irse e iba caminando por el pasillo, Germán la agarró de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, donde tras cerrar la puerta con el pestillo, le expresó su deseo de mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó rotundamente. Tras lo cual Germán, lejos de respetar su negativa, le tiró del pelo y la sujetó con los antebrazos, y tras bajarle los pantalones, estando ambos de pie, Clemencia apoyada en la pared inmediata a la puerta, la penetró vaginalmente en contra de su voluntad, sin preservativo.

Clemencia trató de abrir el (pestillo) para salir del baño, golpeando la puerta en repetidas ocasiones, lo que produjo un ruido que provocó que el amigo del procesado Íñigo, que estaba en su habitación, se desplazara hasta el baño preguntando "si todo iba bien", momento en el que Germán abrió la puerta, aprovechando dicha situación Clemencia para vestirse e irse de la vivienda.

La perjudicada, a consecuencia de estos hechos, sufrió una erosión en tercio superior cervical izquierdo y una lesión eritemosa cerca de la zona tiroidea, que requirió de una primera y única asistencia facultativa, estabilizando las lesiones en 5 días no improductivos.

3. Recurrida la sentencia en **apelación** ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia por la defensa del condenado y también por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, el Tribunal Superior dictó sentencia el 13 de julio de 2018 con el siguiente pronunciamiento:



"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el M. Fiscal, así como la acusación particular y la defensa del acusado Germán contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Asturias en las actuaciones de las que dimana el presente rollo, la que Se Confirma".

4. Contra la sentencia de apelación recurrió en casación el Ministerio Fiscal, oponiéndose al recurso la defensa del acusado, Germán .

PRIMERO . En el *motivo único* del recurso invoca el *Ministerio Fiscal* , con sustento procesal en los arts. 847.1 ° y 849.1 ° de la LECrim , la indebida inaplicación de los artículos 178 y 179 CP y la errónea aplicación de los artículos 181.1. 2 y 4 y 192 CP .

Considera la parte recurrente que la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, al considerar que la valoración jurídica que esta lleva a cabo sobre los hechos probados es ajustada a derecho.

Se estima en ambas resoluciones que en los hechos descritos no concurre violencia, extremo del que discrepa el Ministerio Público. Para constatarlo señala que la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Oviedo declara probado que "...una vez dentro de la vivienda, los tres estuvieron en la cocina y tras retirarse a su dormitorio Íñigo , y cuando Clemencia manifestó que quería irse, e iba caminando por el pasillo cuando Germán la agarró de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, donde tras cerrar la puerta con el pestillo, le dijo su deseo de mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó rotundamente, tras lo cual, Germán , lejos de respetar su negativa, le tiró del pelo y la sujetó con los antebrazos, y tras bajarle los pantalones, estando ambos de pie, Clemencia apoyada en la pared inmediata a la puerta, la penetró vaginalmente en contra de su voluntad, sin preservativo."

" Clemencia trató de abrir el (debería decir pestillo) para salir del baño, golpeando la puerta en repetidas ocasiones lo que produjo un ruido que provocó que el amigo del procesado Íñigo , que estaba en su habitación se desplazara hasta el baño preguntando 'si todo iba bien', momento en el que Germán abrió la puerta, aprovechando dicha situación Clemencia para vestirse e irse de la vivienda, pidiendo a Íñigo que la acompañara, lo que hizo aquél en compañía del procesado, bajando con ambos hasta la puerta del portal, momento en que se dio cuenta de que iba en zapatillas por lo que retornó al domicilio no sin antes preguntar a nuevamente a Clemencia si iba bien".

La perjudicada, a consecuencia de estos hechos sufrió una erosión en tercio superior cervical izquierdo y una lesión eritemosa cerca de zona tiroidea que requirió de una primera y única asistencia facultativa, estabilizando las lesiones en 5 días no impeditivos.

Subraya la acusación pública que la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia que confirma la anterior declara que "...la conducta del acusado fue una vez la introdujo en el baño, darle un tirón de pelos, sin más especificación, esto es, si fue más o menos violento, y sujetarle con los antebrazos, en cuya situación tras bajarle los pantalones y ropa íntima llevó a cabo la penetración".

Y a continuación cita el contenido del artículo 178 del Código Penal , en el que se establece que "el que atentare contra la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación será castigado como responsable de agresión sexual..."; mientras que el artículo 181 del Código Penal castiga como responsable de abuso sexual a que "sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de otra persona".

Alega después el Ministerio Fiscal que si bien el artículo 179 prevé como agravación el hecho de que la violencia o intimidación revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, ni en el capítulo de las agresiones sexuales, ni en el de los abusos sexuales, se ha especificado por el legislador ningún extremo en torno a la menor entidad de la violencia, razón por la cual no cabe hablar de escasa violencia o mayor o menor violencia, solo cabe la posibilidad de existencia, o no, de actos de violencia y dichos actos se plasman en los hechos probados puesto que "la agarró de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, donde tras cerrar la puerta con el pestillo y una vez allí, le tiró del pelo y la sujetó con los antebrazos", a lo que se añade que "a consecuencia de estos hechos sufrió una erosión en tercio superior cervical izquierdo y una lesión eritematosa cerca de zona tiroidea".

Acto seguido cita la acusación pública alguna jurisprudencia que avalaría su tesis impugnatoria, reseñando que la STS 18/7/2017, nº 573/2017 entiende que concurre fuerza en un supuesto en que el acusado agarra de las manos a la víctima sujetándola fuertemente y le sujeta con fuerza para que esta no pudiera ofrecer oposición; la STS 11/1/2017, nº 985/2017 , en la que se aprecia fuerza al haberla cogido por el cuello arrastrándola; y la STS 30/11/2016 nº 898, en la que se dice: " Rita le dijo que pasase y se dirigieron al garaje por la puerta interior para que él cogiera la máquina. Una vez en el interior del garaje, al que se accede desde el interior de



la vivienda en la misma planta, el procesado tras coger una máquina y dejarla, cerró la puerta y le dijo a Rita que no venía a esto, y de forma totalmente imprevisible y sorpresiva la sujetó y empezó a besarla, primero en la boca y después a chuparle por el cuello, intentado ella impedirlo apartándolo con los brazos, a la vez que le decía que la dejara que no quería, que parase, insistiendo el procesado en su acción, empujándola contra la puerta quedando ella entre una nevera y un calentador..."

Aplica a continuación el Ministerio Fiscal esas citas jurisprudenciales al caso que ahora se examina, argumentando que en las sentencias citadas se aprecia violencia en los actos de sujeción, violencia que no tiene que ser irresistible y que se cumplimenta con el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima, y que es la que concurre en el supuesto presente en que el procesado la agarra por los brazos y la lleva al cuarto de baño, cerrando el pestillo, y en donde doblega su voluntad al tirarle por el pelo y sujetarla con los antebrazos, actos violentos que le causan lesiones por las que fue condenado, por lo que es procedente considerar los hechos como agresión sexual y no como abuso sexual.

En vista de lo cual, concluye que se ha preparado el recurso de casación tendente a obtener la revocación de la sentencia impugnada y nueva resolución judicial por virtud de la cual se condene al acusado, Germán , como autor de un delito de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179 del Código Penal , a la pena de nueve años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, manteniendo los demás pronunciamientos.

SEGUNDO . 1. Tras exponerse los argumentos del Ministerio Fiscal para subsumir los hechos en el tipo penal de la agresión sexual previsto en el art. 179 del C. Penal , se consignarán ahora literalmente -con el fin de evitar equívocos- los razonamientos del fundamento cuarto de la **sentencia recurrida** dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 13 de julio de 2018 (fundamento cuarto):

*" Así pues, rechazado como queda el recurso planteado por el acusado, ha de abordarse ahora el recurso formulado por las acusaciones, que como queda dicho, ha de quedar **constreñido a una cuestión puramente jurídica** , que es si ha sido correcta la calificación de la relación fáctica (a la mayoritaria nos estamos refiriendo obviamente) como de delito de abuso sexual del art. 181 del C. Penal .*

El actual texto punitivo distingue dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales las agresiones sexuales de los abusos sexuales, caracterizándose las primeras por el uso de la violencia o intimidación (art. 178 del C. Penal), y los segundos porque el ataque se produce sin la utilización de dichos medios, pero sin el consentimiento de la víctima (art. 181 del texto punitivo).

Esta distinción puede causar el problema de diferenciar en no pocas ocasiones cuándo los hechos pueden integrarse en una u otra infracción, debiendo atender para ello tanto en el comportamiento del sujeto activo como de la víctima.

Ciertamente en ocasiones puede resultar complicado "a priori" concretar un supuesto en el que el ataque haya tenido lugar sin la anuencia del sujeto pasivo, y sin que se haya empleado violencia o intimidación, o a partir de cuándo ha de entenderse su concurrencia.

A este respecto, cabe señalar que aquellos supuestos en los que la víctima haya podido quedar inmóvil bien por temor, estado de shock, consciencia o creencia de no poder defenderse u otros similares determinantes de un estado de inhibición, habrían de incardinarse dentro de una agresión sexual, al implicar un plus a su no consentimiento como situación derivada de una actuación del agresor de carácter activo suficiente para infligirle un pensamiento de imposibilidad de defensa, y así se calificó por este Tribunal en la reciente sentencia de 2-7-2018, confirmando otra de la Sección Segunda de esta Audiencia (Tribunal que precisamente es el mismo que ha dictado la que ahora es objeto de recurso).

Esto así, si analizamos de forma objetiva la relación de hechos probados de la sentencia apelada, que fue calificada de delito de abusos sexuales, y concretamente el desarrollo de los actos que precedieron e inmediatos al hecho de la penetración, lo que en la misma se indica textualmente es que cuando la denunciante manifestó que quería irse, e iba caminando por el pasillo, el acusado Germán la agarró de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, donde tras cerrar la puerta con el pestillo, le manifestó su deseo de mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó rotundamente, tras lo cual Germán , lejos de respetar su negativa, le tiró del pelo la sujetó con los antebrazos, y tras bajarle los pantalones, estando ambos de pie, ella apoyada en la pared inmediata a la puerta, la penetró vaginalmente en contra de su voluntad.

Como puede verse, la conducta del acusado fue, una vez la introdujo en el baño, darle un tirón de pelos, sin más especificación, esto es, si fue más o menos violento, y sujetarle con los antebrazos, en cuya situación tras bajarle los pantalones y ropa íntima llevó a cabo la penetración. Esto ha sido el relato expuesto sin nada señalar en cuanto a la actitud de la víctima o motivo de su pasividad, si lo fue por temor o estado de shock o situación análoga. Aunque ello pudiere inferirse de la fundamentación jurídica, que así no lo consideró la Sala ya que nada



reseñó en su relación fáctica, resultaría inane, ya que como se ha dicho, es la misma a lo que ha de atenderse a los efectos de determinar si se ha podido producir una inadecuada calificación jurídica de tales hechos, que es lisa y llanamente a lo que se refiere el motivo que se está examinando, que no a nueva valoración de la prueba.

En este sentido, la Sala de Instancia apuntó que la relación sexual no fue excesivamente violenta, y dadas las muy leves lesiones no podía resultar acreditada la presencia de una sujeción con la fuerza a la que se refiere las sentencias del TS que cita, ausencia pues de violencia causal .

En suma, la Sala de primera instancia calificó los hechos como constitutivos de *abuso sexual* , y como se infiere de lo dicho, esta Sala de apelación ha de ratificarlo; cualquier modificación que pudiere estimarse procedente añadiendo un plus no considerado en la sentencia recurrida, implicaría alterar los hechos probados, lo que se reitera está vedado a este Tribunal. "

2. Pues bien, del examen del fundamento cuarto de la sentencia de apelación pueden extraerse varios datos y consideraciones que servirán para centrar la impugnación sometida a debate.

En primer lugar, conviene subrayar que en la sentencia recurrida se afirma que estamos ante una cuestión "puramente jurídica", al centrarse la disensión en si los hechos descritos en la sentencia de la Audiencia de Oviedo son subsumibles en el delito de abusos sexuales (art. 181 CP), como entendió ese Tribunal, o si debieran haberse subsumido los hechos en un delito de agresión sexual (art. 179 CP).

De entrada, parece asistirle la razón al Tribunal de apelación cuando, al asumir la narración fáctica de la sentencia de la Audiencia con ocasión de resolver el recurso del acusado, y al reducir las acusaciones su discrepancia a una cuestión jurídica relativa al juicio de subsunción anteriormente referido, ubica el debate en la corrección de la calificación jurídica. Sin embargo, tal como se verá en los razonamientos posteriores, debido a la redacción de la sentencia de la Audiencia Provincial, el conflicto se extiende también a la cuestión fáctica, habida cuenta que la sentencia de la Audiencia matiza o complementa de tal forma el "*factum*" en la fundamentación de su sentencia que en cierto modo lo distorsiona y trastoca, y ahí es donde se originan los interrogantes referidos al punto concreto de la calificación jurídica.

En efecto, el párrafo de la sentencia de la Audiencia donde se plasman los hechos nucleares de la conducta del acusado resulta de inicio notablemente claro y susceptible de ser subsumido en el tipo penal de la agresión sexual y no el de abuso sexual. Sin embargo, como sucede en no pocas ocasiones, ese *factum* se reinterpreta -más bien diríamos que se complementa- en la fundamentación jurídica. En no pocos supuestos de la práctica ello tiene como fin suplir alguna omisión de la premisa fáctica, si bien acaba generando el riesgo de conculcar el principio acusatorio y el derecho de defensa. Pero en otros casos, como en éste que ahora se juzga, la matización fáctica que se recoge en la fundamentación jurídica tiene como efecto directo modificar a la baja la calificación jurídica.

El párrafo nuclear de los hechos probados al que nos estamos refiriendo es el segundo y dice literalmente así:

" Una vez dentro de la vivienda, los tres estuvieron en la cocina y tras retirarse a su dormitorio Íñigo , y cuando Clemencia manifestó que quería irse, e iba caminando por el pasillo cuando Germán la agarró de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, donde tras cerrar la puerta con el pestillo, le dijo su deseo de mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó rotundamente, tras lo cual, Germán , lejos de respetar su negativa, le tiró del pelo y la sujetó con los antebrazos y tras bajarle los pantalones, estando ambos de pie, Clemencia apoyada en la pared inmediata a la puerta, la penetró vaginalmente en contra de su voluntad, sin preservativo. "

Al leer este párrafo se comprueba que la denunciante se negó rotundamente a tener relaciones sexuales íntimas con el acusado. Por lo tanto, se opuso a realizar el acto sexual con él. Y en lo que respecta a la posible existencia de una agresión, dice el hecho probado que, una vez que aquélla se negó, el acusado, que previamente la había agarrado de los brazos y la llevó por el pasillo hasta el cuarto de baño, ya dentro del servicio, y tras conocer su negativa, le tiró del pelo y la sujetó con los antebrazos, penetrándola a continuación vaginalmente contra su voluntad.

El Ministerio Fiscal hace hincapié en el hecho de llevarla agarrada por el pasillo hasta el baño como dato relevante de violencia y cita tres precedentes jurisprudenciales de esta Sala. Sin embargo, en esos precedentes que cita se describe el hecho de agarrar con fuerza a la víctima para que ésta no pudiera hacer oposición, de cogerla por el cuello y arrastrarla, y también en el tercer caso se refiere a empujarla; mientras que nuestro caso nada se dice de agarrarla con fuerza ni tampoco de arrastrarla o de empujarla.

A ello ha de añadirse que la denunciante no conocía de nada al acusado, a quien vio por la calle cuando éste iba caminando con un amigo también natural de Guinea, accediendo aquélla a subir con ellos a su piso a tomar algo. En ese contexto el mero hecho de agarrar a la víctima sin que se especifique que fue un agarrón con fuerza, sino que la llevaba agarrada por el pasillo, no permite hablar de un acto violento.



Ahora bien, no puede decirse lo mismo del hecho de tirarle del pelo cuando ya están dentro del cuarto de aseo y ella se acaba de negar rotundamente a realizar el coito vaginal con el acusado. La acción de tirar del pelo a una persona entra claramente, en principio, dentro del concepto de violencia, máxime cuando se hace sobre una persona que se está negando a tener una relación íntima con quien propina el tirón. En una situación de esa naturaleza y con el significado que tiene una actuación agresiva de esa índole, resulta claro que se está ante una conducta violenta que tiene un objetivo que no puede ser otro que doblegar la voluntad de una persona que se opone a lo que el acusado pretende. Otro tanto puede decirse del hecho de sujetarla con los antebrazos a la altura del cuello.

3. Lo que complica el juicio de subsunción en un caso aparentemente claro es que en la fundamentación de la sentencia de la Audiencia Provincial -según se anticipó *supra* - el Tribunal sentenciador matiza el alcance del tirón de pelo en el fundamento primero de su sentencia, en el párrafo siguiente:

" *Asimismo, en el episodio que tiene lugar en el baño, cuando Germán procedió a realizar los tocamientos propios del inicio de una relación sexual, Clemencia declara que intentó oponer resistencia por medio de gestos, en español y en francés, diciéndole que parara, pero al ver que el acusado tenía más fuerza, que le dio un tirón de pelos y que la sujetó con los antebrazos en el cuello, desistió, y que no gritó, que solo lloró cuando tuvo lugar la penetración. Sitúa siempre la relación sexual, en la pared inmediata al lado de la puerta, en vertical, y describe sus intentos de abrir el pestillo, que previamente había cerrado el acusado, significándose que, a la vista de las fotos obrantes en autos, no es de rosca, sino de giro (folio 45), lo que se concilia con la actuación que relata la víctima. Pero es que, además, su credibilidad, a juicio de este Tribunal, se desprende del hecho de que **manifieste que fue una relación sexual en la que no hubo actos violentos**. Concretamente, a preguntas de la Acusación Particular, y sobre las lesiones físicas indicó: **"que le tiró del pelo y alguna herida en el cuello y nada más", respondiendo, a la pregunta de si era la fuerza propia de una relación apasionada, que no fue excesivamente violento, aunque negando en todo momento que fuera fruto de una relación consentida y voluntaria.** "*

Así pues, en el primer inciso del párrafo del fundamento segundo de la sentencia de la Audiencia se describe una conducta que sin duda cabe calificar de violenta, violencia que difumina el Tribunal sentenciador en el segundo inciso, cuando afirma que, ante la pregunta de la acusación particular de si la fuerza que empleó el acusado era la propia de una relación apasionada, la víctima respondió que "el acusado no fue excesivamente violento".

Esa respuesta es el soporte fáctico, incluido en la fundamentación jurídica, sobre el que se elaboran los argumentos antepenúltimo y penúltimo del fundamento tercero de la sentencia de la Audiencia Provincial que conducen a apreciar un abuso sexual, por falta de violencia suficiente, en lugar de un delito de agresión sexual. Esos dos párrafos tienen la siguiente redacción literal:

" *Ahora bien, junto a lo anterior, debe señalarse que del propio testimonio de la víctima, junto con otros datos objetivos, es dable inferir que, ciertamente, si bien estamos en presencia de una ausencia de consentimiento absoluto, no concurre la utilización de fuerza suficiente como elemento típico de la acción atentatoria contra la libertad sexual, entendida como una acción física encaminada a doblegar la resistencia de la víctima.*

*Ciertamente, siendo evidente que la violencia no ha de ser de tal grado que presente caracteres de irresistible, invencible o de gravedad inusitada, sino que basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, que no es otro que la paralización o inhibición de la voluntad de la víctima, actuando en adecuada relación causal (STS 15/12/2016 n.º 953/16), en el presente caso, no sólo por el contenido del informe del Médico Forense y las lesiones que objetiva, sino también por la propia declaración de la víctima, tal y como se ha expuesto anteriormente, en el sentido de que la relación sexual **no fue excesivamente violenta** y que sus lesiones, insiste, **fueron el tirón de pelos y alguna herida en el cuello y nada más**, estima este Tribunal que no ha quedado acreditado que nos encontremos en presencia de una sujeción con la fuerza a que se refieren las STS 18/7/2017 n.º 573/17 (le agarró de las manos sujetándola fuertemente, le sujeto con fuerza para que esta no pudiera ofrecer oposición), la STS 11/1/2017 n.º 985/17 (cogiéndola con fuerza por el cuello y arrastrándola...), la STS 30/11/2016 n.º 898 (la sujetó y empezó a besarla (...) empujándola contra la puerta (...), sino que nos encontramos más en presencia del supuesto contemplado en la STS 20/7/2016 n.º 664/16 (a horcajadas y aprovechando dicha posición (...) comenzó a tocarle (...) para introducirle los dedos en la vagina, en que fue rechazado por el T.S. la presencia de violencia...*

Al poner en relación estos dos párrafos del fundamento segundo de la sentencia condenatoria de la Audiencia con el que hemos transcrito anteriormente del mismo fundamento, se comprueba con claridad que la violencia propia de la agresión sexual ha sido excluida del caso matizando los hechos declarados probados con la expresión atribuida a la denunciante de que el comportamiento del acusado " *no fue excesivamente violento* ".

Se cumple, pues, lo que se anticipó al inicio de nuestra argumentación, cuando se dijo que no estábamos realmente ante una cuestión únicamente jurídica, sino ante una matización fáctica de lo expuesto en la



declaración de los hechos probados, en los que se describe un tirón de pelos a secas, tirón que ahora se complementa con el adjetivo de una acción "no excesivamente violenta", que se aplica también a la presión efectuada con los antebrazos sobre el cuello de la víctima.

La referida declaración de la víctima sobre el grado de violencia es también la base sobre la que se dice en el fundamento primero de la sentencia de la Audiencia que no procede aplicar el art. 179 del C. Penal interesado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, "al no haberse acreditado el uso de violencia o intimidación para doblegar a la víctima, pues si bien la joven fue objeto de presión física por el acusado para satisfacer su deseo sexual, **no se ha probado que fuera de intensidad suficiente o bastante** para integrar la agresión sexual tipificada en el artículo 179 reseñado".

En definitiva, lo que era una descripción de una acción violenta en la narración de los hechos probados de la sentencia de la Audiencia se ve reducido en el apartado de la fundamentación a una conducta con un componente de una entidad insuficiente para que opere el tipo penal de la agresión sexual. Ello significa que la argumentación de la sentencia no se ha limitado a realizar un juicio de subsunción sino que la ha ampliado con ocasión de motivar la prueba, al matizar fácticamente la narración de hechos probados aminorando la conducta violenta con unos adjetivos que no se habían incorporado a la premisa fáctica.

4. Pues bien, toda esta argumentación, asumida por la sentencia de apelación, que es la que ahora se recurre, carece de base probatoria, según se va a constatar a continuación, al haberse fundamentado en una frase que no dijo realmente la víctima, toda vez que lo que respondió a preguntas de su letrada fue lo contrario a lo que se consigna en la sentencia de la Audiencia y que acaba aceptando el Tribunal de apelación para ratificar la ausencia de la violencia propia de la agresión sexual.

En efecto, el visionado de la grabación digital de la vista oral del juicio permite apreciar que la testigo denunciante (minutos 51 y 52 de la grabación), cuando su abogada le pregunta literalmente, con motivo de clarificar el acto del tirón de pelos y los signos que tenía en el cuello, " *si esas lesiones fueron con fuerza o las propias de una relación sexual apasionada* ", la víctima responde: " *no, fueron excesivamente violentas, no fueron fruto de una relación sexual normal* ".

Por lo tanto, la testigo no respondió como se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial que el comportamiento del acusado en ese momento "no fue excesivamente violento", sino que dijo realmente que la conducta del acusado de tirarle del pelo y de presionarle en el cuello fueron acciones excesivamente violentas y no las propias que son fruto de una relación sexual normal.

Esto significa que el sustento sobre el que se funda el criterio de la Audiencia relativo a la falta de violencia y la inexistencia de un delito de agresión sexual no se ajusta al testimonio que atribuye a la víctima, ya que ésta vino a decir lo contrario de lo que se argumenta en la fundamentación de la sentencia de la Audiencia, decayendo, pues, la base argumental de la inferencia de que la conducta del acusado no albergaba una intensidad suficiente para aplicar el concepto de violencia.

5. Al trasladar lo anterior a la sentencia de apelación, que es la recurrida, no podemos tampoco avalar el argumento del Tribunal Superior de Justicia cuando afirma que " *la Sala de Instancia apuntó que la relación sexual no fue excesivamente violenta, y dadas las muy leves lesiones no podía resultar acreditada la presencia de una sujeción con la fuerza a la que se refiere las sentencias del TS que cita, ausencia pues de violencia causal.*

En suma, la Sala de primera instancia calificó los hechos como constitutivos de abuso sexual, y como se infiere de lo dicho, esta Sala de apelación ha de ratificarlo; cualquier modificación que pudiere estimarse procedente añadiendo un plus no considerado en la sentencia recurrida, implicaría alterar los hechos probados, lo que se reitera está vedado a este Tribunal. "

Y no puede avalarse porque, atendiendo a lo que realmente dijo la testigo-víctima en la vista oral del juicio, la relación sexual sí fue excesivamente violenta, y ni el tirón de pelos ni la presión para sujetarla con los antebrazos eran los propios de una reacción apasionada, sino actos realizados para doblegar la voluntad de la víctima, que acababa de decir rotundamente no a las pretensiones sexuales del acusado.

De otra parte, tampoco resulta razonable el argumento de la Sala de apelación cuando, recogiendo lo que ya vino a decir la Audiencia, expone que " *la conducta del acusado fue, una vez la introdujo en el baño, darle un tirón de pelos, sin más especificación, esto es, si fue más o menos violento, y sujetarla con los antebrazos, en cuya situación tras bajarle los pantalones y ropa íntima llevó a cabo la penetración* ". Pues un tirón de pelos, en el contexto en que se produjo, debe considerarse un acto violento, de tal forma que, pudiendo ser más o menos violento, como se dice en las dos sentencias, incluso en el escalón inferior de violencia es un acto violento, máxime cuando la víctima habla de violencia excesiva y ajena al apasionamiento propio de una relación sexual, lo que evidencia que el juicio de inferencia de la Audiencia resulta erróneo.



En virtud de lo que antecede, debe estimarse el recurso del Ministerio Fiscal y subsumir los hechos en el art. 179 del C. Penal, es decir, como agresión sexual y no mero abuso, imponiéndose la pena que se consignará en la segunda sentencia.

6. Para llegar a la conclusión establecida en el apartado precedente no invade esta Sala los principios probatorios de la inmediación y contradicción. En primer lugar porque la calificación jurídica que se aplica en esta sentencia de casación se fundamenta en los hechos recogidos en el "factum" de la sentencia recurrida, hechos consistentes en un tirón de pelos a la víctima en el momento que acaba de negarse rotundamente a mantener la relación sexual con el acusado, al mismo tiempo que la presiona con los antebrazos en el cuello y le ocasiona unas lesiones leves que son también objeto de condena. No se modifica pues el relato del "factum" sino que se rectifica el juicio jurídico de subsunción que se formula en la sentencia recurrida y en la de la Audiencia.

En segundo lugar, es cierto, como se ha venido explicando, que en la fundamentación de la sentencia de la Audiencia se matizan los hechos probados con dos argumentos: uno de carácter probatorio cimentado sobre una respuesta de la víctima a una pregunta formulada por la acusación particular y otro relacionado con la valoración de esa respuesta.

La Audiencia afirma -y la Sala de Apelación asume- que la víctima afirmó en el plenario, tal como ya se explicó, que la conducta del acusado no fue excesivamente violenta, y por lo tanto, al descender el escalón de la violencia, consideraron ambos tribunales que ya no concurría el grado de violencia propio del delito de agresión sexual.

Pues bien, ese doble argumento tampoco puede ser admitido en casación por una doble razón que no tiene que ver con el menoscabo de los principios de inmediación y de contradicción. En primer lugar, porque la frase que se le atribuye a la testigo víctima no es la que dijo, toda vez que en el visionado de la grabación de la vista oral se aprecia que dijo otra distinta que tiene un significado o sentido sustancialmente contrario a la aminoración de la violencia en el caso concreto.

Y en segundo término, porque, una vez que se sigue admitiendo que el tirón de pelos existió y también la sujeción del cuello con los antebrazos y el correspondiente resultado lesivo, aunque fuera cierta la menor intensidad de la violencia, que no lo es -dado que la frase en que se basa la Audiencia es errónea-, esta Sala considera que el grado de violencia que se plasma en la sentencia no excluye el aspecto normativo del concepto de violencia propio del delito de agresión sexual, ámbito en el que este Tribunal de Casación sí debe entrar a examinar por tratarse de delimitar normativamente el concepto de violencia para establecer el perímetro concreto de aplicación del tipo penal.

A este respecto, un tirón de pelo y la sujeción realizada por el acusado poniendo los antebrazos sobre el cuello de una mujer que se está oponiendo rotundamente a realizar el coito vaginal debe ser considerado acto violento, pues se trata de una conducta de fuerza física realizada personalmente sobre el cuerpo de la víctima suficiente para doblegar su voluntad y conseguir así realizar el acto sexual al que ésta se oponía.

Por consiguiente, la conducta del acusado ha de subsumirse en el tipo penal de agresión sexual (art. 179 CP) y no en el de abuso sexual (art. 181 CP).

TERCERO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se estima el recurso de casación del Ministerio Fiscal, declarándose de oficio las costas de la casación (art. 901 de la LECr .).

FALLO

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

1) ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 13 de julio de 2018, que confirmó la condena del recurrente, Germán, como autor de un delito de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo el 16 de abril de 2018, sentencia que queda así parcialmente anulada

2) Declarar de oficio las costas de la casación.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y a la Audiencia Provincial de Oviedo, con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.

Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION (P) núm.: 10631/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10631/2018 contra la sentencia dictada en el Recurso de Apelación 21/2018 de fecha 13 de julio de 2018 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Oviedo Sección Segunda en el Rollo de Sala 51/2017 dimanante del Sumario 33/2017 del Juzgado de instrucción 3 de Avilés, seguida por delito de agresión sexual y delito leve de lesiones contra Germán , con NIE nº NUM000 , nacido el NUM001 de 1994, hijo de Dionisio y de Irene ; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO . A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede modificar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, en el sentido de condenar al acusado, como autor de un delito de agresión sexual con acceso carnal por vía vaginal, previsto en el art. 179 del C. Penal , a la pena de 7 años de prisión, con las mismas accesorias impuestas en la sentencia recurrida, e iguales prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima e igual periodo de libertad vigilada. Asimismo se mantiene la condena por el delito leve de lesiones y la misma responsabilidad civil.

En cuanto a la fundamentación de la cuantía punitiva, comprendiendo el marco penal una pena de prisión que abarca desde 6 a 12 años, atendiendo a las circunstancias concretas que se dan en el caso: grado de violencia e intimidación, contexto de tiempo y lugar en que se produjo el acercamiento y contacto entre el autor y la víctima, la edad del acusado y la carencia de toda clase de antecedentes penales y policiales, además de su condición de refugiado (vivía en un piso de acogida para refugiados), se considera que la pena de 7 años de prisión, ubicada en la franja baja de la mitad inferior, es la que se ajusta a la gravedad de la conducta en el caso concreto y a las circunstancias personales del acusado.

Por consiguiente, sopesando la función que debe cumplir en el caso la pena, tanto en el ámbito de la prevención general positiva y negativa, como también desde la perspectiva del tiempo punitivo adecuado para que la pena cumplimente el fin de prevención especial a que debe tender en la fase de ejecución, se estima que la referida cuantía de 7 años de prisión se ajusta a las circunstancias que se dan en el caso concreto.



FALLO

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

1º) Modificar la condena dictada contra el acusado **Germán** por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de julio de 2018 , que a su vez ratificó la dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, 16 de abril de 2018 , en el sentido de que se sustituye en casación la condena del acusado como autor de un delito de abuso sexual mediante acceso carnal por vía vaginal, por la de **agresión sexual** mediante acceso carnal por vía vaginal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

2º) En consecuencia, se le impone ahora la pena de **7 años de prisión** , con las mismas accesorias impuestas en la sentencia recurrida, e iguales prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima y el mismo periodo de libertad vigilada. Asimismo, se mantiene la condena por el delito leve de lesiones y la misma responsabilidad civil.

3º) Mantener el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina