



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

ROLLO DE APELACION NUMERO 3 DE 2023

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA

ROLLO NUMERO 7/21

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE PEÑARANDA DE BRACAMONTE

-SENTENCIA Nº 38/2023-

Señores :

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Alvarez Fernández

Ilma. Sra. Doña Blanca-Isabel Subiñas Castro

En Burgos, a veintisiete de Abril de 2.023.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de SALAMANCA, seguida por el delito de abuso sexual a persona menor de 16 años, contra DON [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, siendo parte apelada el acusado antes referido, representado por el Procurador Don Angel Gómez Tabernero y defendido por el

[REDACTED]

[REDACTED]

Letrado Don Jorge Mateos Maldonado, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Javier Alvarez Fernández.

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO. - La Audiencia Provincial de Salamanca, en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, dictó sentencia, de fecha 17 de Octubre de 2.022, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

“Probado y así se declara que el procesado M██████████ B██████████ M██████████, nacido en Salamanca, el ██████████ de 2001, DNI ██████████ sin antecedentes penales, conoció por las redes sociales en el mes de septiembre de 2020 (Instagram) a S██████████ L██████████ S██████████ nacida el ██████████ de 2007, cuando él tenía 19 años y S██████████ 12. Se gustaron e iniciaron una relación sentimental, efectuándose conforme a las costumbres gitanas el rito del “pedimento” en Zamora localidad en la que residía en esa fecha S██████████ El pedimento se efectuó con el abuelo de S██████████ J██████████ L██████████ (a falta de padre y madre de la menor) y con otros familiares directos de la menor, el acusado y su familia, mostrando su conformidad tanto S██████████ como su familia con que se fuese a vivir a partir de ese momento junto con el acusado, al domicilio de los padres de éste, siguiendo sus costumbres, sito en Calle ██████████ número ██████████ (Salamanca).

A partir de entonces y hasta el 27 de diciembre del 2020, S██████████ residió en la vivienda de los padres del acusado, vivienda en la que vivían M██████████ L██████████ su padre, su madre y dos hermanas y en una vivienda contigua un hermano del acusado junto con su familia, que también frecuentaba la casa.

Tras un muy breve noviazgo y cuando S██████████ cumplió 13 años de edad, el 26 de octubre del 2020, siendo conocedor el acusado de la edad de S██████████ le celebraron en su familia el cumpleaños y esa noche tuvieron de forma consentida, por primera vez, relaciones sexuales plenas, pasando a compartir como pareja , una habitación sita en la planta baja de la vivienda, hasta fechas próximas de la Navidad de 2020, en que se rompió la relación sentimental entre el acusado y S██████████ y dejaron de tener relaciones sexuales.

Durante ese periodo de tiempo, el acusado y S██████████ mantuvieron de forma permanente relaciones sexuales consentidas por S██████████ en ese momento ambos tenían un grado de madurez similar, pero no igual. Las relaciones sexuales plenas, tuvieron lugar de forma habitual, dentro de una relación sentimental conocida por sus parientes y aceptada y tomada, por todos, por un matrimonio, con arreglo a sus costumbres, aunque no se celebró propiamente un rito de boda.

partir de ese momento se ocupó de tareas domésticas (no fue escolarizada en pese a la obligatoriedad que se deriva de su edad), salía y entraba libremente de la vivienda a efectuar distintos recados, frecuentaba un bar de la población, efectuaba videollamadas con su familia, no tenía limitado el uso del teléfono, hacía directos en Instagram junto con I fue a Zamora donde le hicieron una celebración sus parientes y les dieron dinero por la boda, decidió cortarse el pelo para tenerlo como el resto de las mujeres de la familia de su marido, comía junto con el resto de la familia, en definitiva convivía libremente en dicho domicilio y se relacionaba también libremente con su propia familia.

En fechas próximas a la Navidad de 2020 se produjo una ruptura sentimental entre el acusado y S ya no volvieron a tener relaciones sexuales. La noche de Navidad celebró la fiesta en una casa junto con las mujeres de la familia del acusado y el acusado y los hombres lo celebraron en otra casa, por razón de la COVID.

El 27 de diciembre de 2020, la madre del acusado llevó en su coche a S hasta Zamora, pues S quería volver con su familia y dar por terminada la relación con el acusado. Contactó con un familiar de S y la dejó en un centro comercial donde la recogió una tía, ya por la noche cuando la vio su tía llamada, también S L S la menor le mostró las lesiones que tenía en el cuerpo, le dijo que se las había hecho L, el chico con el que vivía, con un soplete y el hematoma en el párpado superior derecho del ojo, de un puñetazo, su tía la llevó al Hospital Virgen de la Concha de Zamora para que la curasen. El 28 de diciembre del 2020, S estando en compañía de su tía, fue atendida por el médico de urgencias por la ginecóloga y por la médico forense, S presentaba múltiples quemaduras en su cuerpo y un hematoma en párpado superior derecho de unos 2- 3 días de evolución de color violáceo. Con arreglo al informe de sanidad tras el reconocimiento de S el 10 de febrero de 2021, el médico forense D. A G calificó las lesiones de leves, solo precisaron de un tratamiento meramente paliativo, no precisó tratamiento médico, concluyendo que ponía en duda que el origen de las lesiones fueran hechas con un soplete, por lo superficial que eran, señaló que casi la mayoría se situaban en el lado izquierdo, un lado accesible para persona diestra, circunstancia que le llamó sobremanera la atención y que otras heridas que no dejaron cicatriz muy superficiales en el antebrazo y en el codo eran típicas de autolesione. No ha quedado probado que estas lesiones se las haya causado M L B M.

Dada la situación familiar de S por entonces una menor de 13 años, por resolución de 30 de diciembre del 2020 de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales, se declaró la situación de desamparo de la menor y el acuerdo de la Asunción de la Tutela Legal, con delegación de guarda de la menor S, con medida de acogimiento residencial en el hogar de acogida , donde permaneció, estando además escolarizada en hasta el 20 de junio del 2022, fecha en la que no se reintegró a la Residencia, hecho fue denunciado por D. D.

██████████, director del centro, en la comisaría de Zamora, sin que a la fecha del juicio, según declaró tuviera noticias del paradero de ██████████ y sin que ésta se hubiese puesto en contacto con él o con alguien de la Residencia.

Debido a estos hechos, el día 30 de diciembre de 2020 M██████████ L██████████ B██████████ M██████████ paso detenido a disposición judicial y tras prestar declaración, con esa fecha se acordó la prisión provisional del acusado, permaneciendo en tal situación en el momento del plenario.

S██████████ L██████████ S██████████ ha recibido tratamiento psicológico a partir del 18 de marzo del 2021, desde el programa de tratamiento psicológico con infancia maltratada, por derivación de la sección de protección a la infancia, donde se aprecia que S██████████ es una persona dañada psicológicamente, tiene una historia de maltrato por abandono familiar, previa a los hechos denunciados, daño moral compatible también con los hechos enjuiciados.”

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia dice literalmente:

“CONDENAMOS a M██████████ L██████████ B██████████ M██████████ como autor responsable de **un delito continuado de abusos sexuales a menor de 16 años del artículo 183.1º y 3º del Código Penal, en relación con el artículo 74 del CP, con aplicación de la circunstancia atenuante analógica, como muy cualificada, del artículo 21.7º en relación con el artículo 183.quáter del CP y del artículo 66.2º del CP, a la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.**

Conforme al artículo 57.2º y 48 del CP, la medida de alejamiento por un plazo de **cinco años** consistente en prohibición de comunicación por cualquier medio y de acercamiento a la persona de S██████████ o a cualquier lugar en el que se encuentra a una distancia no inferior a 500 metros.

En materia de **responsabilidad civil** M██████████ indemnizará a S██████████ en la cantidad de **3.000 euros** por los daños morales producidos, con aplicación del artículo 576 de la LEC en caso de impago.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta le servirá de abono el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa.

Absolvemos a M██████████ del resto de los delitos que han sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, con todos los pronunciamientos favorables inherentes al mismo.

M██████████ deberá satisfacer 1/6 parte de las costas devengadas en este procedimiento y declarando las 5/6 partes de las costas de oficio ”.

TERCERO. - Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por el MINISTERIO FISCAL, en el que alegó, como único motivo de impugnación, la infracción de normas del ordenamiento jurídico por indebida aplicación de la atenuante analógica muy cualificada del artículo 21.7ª en relación con el artículo 183 quater, ambos del Código Penal.

Por ello, interesó la revocación parcial de la sentencia en el sentido de que se deje sin efecto la aplicación de dicha circunstancia, condenando al acusado, como autor del delito continuado de abusos sexuales a persona menor de 16 años, a la pena de 12 años de prisión, con inhabilitación absoluta, y 10 años de libertad vigilada, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

CUARTO. - Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a las demás partes, habiéndolo impugnado la Defensa de DON M [REDACTED] [REDACTED] que interesó su desestimación, y, elevadas las actuaciones a este Tribunal, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el pasado día 28 de Marzo de 2.023, en que se llevaron a cabo.

Se aceptan el relato de hechos probados y los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO -

PRIMERO.- OBJETO DE LA APELACION Y MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.-

Es objeto del presente recurso de apelación, que pende ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la sentencia dictada, en fecha 17 de Octubre de 2.022, por la Audiencia Provincial de SALAMANCA, en la que se condena a DON M [REDACTED] L [REDACTED] B [REDACTED] M [REDACTED] como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre persona menor de 16 años, previsto y penado en el artículo 183.1 y 3 del Código Penal (en su redacción anterior a la actualmente vigente introducida tras la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de Septiembre, por ser los hechos enjuiciados anterior a ésta última), en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica, como muy cualificada, del artículo 21.7ª en relación con el artículo 183 quater del Código Penal, a la pena de 3 años de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y prohibición de aproximarse a la víctima S [REDACTED] a menos de 500 metros, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 5 años. Al acusado se le absuelve del resto de los delitos imputados por la Acusación pública. En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a la perjudicada menor en la cantidad de 3.000 Euros con sus intereses procesales, debiendo abonar además 1/6 parte de las costas, declarando el resto de oficio.

Contra dicha condena se interpone recurso de apelación el MINISTERIO FISCAL que alega, como único motivo de impugnación, la infracción de normas del ordenamiento jurídico por indebida aplicación de la atenuante analógica muy cualificada del artículo 21.7ª en relación con el artículo 183 quater, ambos del Código Penal.

Por ello, interesa la revocación parcial de la sentencia en el sentido de que se deje sin efecto la aplicación de dicha circunstancia, condenando al acusado, como autor del delito continuado de abusos sexuales a persona menor de 16 años, a la pena de 12 años de prisión, con inhabilitación absoluta, y 10 años de libertad vigilada, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DENOMINADA CLAUSULA DE ASIMETRIA DEL ARTÍCULO 183 QUATER DEL CODIGO PENAL.-

I.- La cuestión a debate, en el presente recurso de apelación, se centra exclusivamente en la aplicación de la denominada “clausula de asimetría” del artículo 183 Quater del Código Penal (hoy artículo 183 bis), por cuanto, partiendo de que al acusado en el proceso se le considera autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual continuado del artículo 183.1 y 3 (en su redacción anterior a la actual), en relación con el artículo 74 del Código Penal, por cuanto mantuvo relaciones sexuales completas (con penetración) con la víctima, cuando ésta tenía 13 años, mientras que el acusado tenía 19, siendo tales relaciones plenamente consentidas, sin embargo la sentencia recurrida entiende que ambos tenían un grado de madurez similar, pero no igual, y dichas relaciones sexuales tuvieron lugar de forma habitual, dentro de una relación sentimental conocida por sus respectivos parientes (todos pertenecientes a la etnia gitana), aceptada y tomada por todos como un matrimonio conforme a sus costumbres, aunque no se celebrara propiamente rito de boda. Por ello, aunque tal circunstancia no llevara al órgano de enjuiciamiento a aplicar la eximente del citado artículo 183 Quater, sin embargo sí consideró que se daban los presupuestos necesarios para aplicar una atenuante por analogía del artículo

21.7ª del Código Penal, como muy cualificada, lo que le lleva a rebajar la pena en dos grados al acusado.

Ello resulta impugnado por el MINISTERIO FISCAL, que entiende que no hay base alguna para apreciar tal circunstancia, dado que ni concurría entre el acusado y la víctima la proximidad de edad precisa, puesto que ella tenía 13 años y él 19, ni existía tampoco entre ellos la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, por lo que se solicita en el recurso el no reconocimiento de tal circunstancia, ni siquiera como atenuante por analogía, lo que le lleva al apelante a pedir que se aplique al acusado la pena de 12 años de prisión (la máxima señalada al delito).

II.- El **artículo 183 Quater del Código Penal**, en su redacción vigente antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/22, de 6 de Septiembre, establecía: *“El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”*.

Haciendo una interpretación de tal precepto y de **la denominada “clausula de asimetría”** que establece, la STS nº 626/2022, de 23 de Junio ha proclamado lo siguiente:

“La indeterminación de la fórmula exoneratoria es evidente. De un lado, porque, sorprendentemente, parece abarcar en su literalidad cualquier relación mantenida con un menor de 16 años, sea cual fuere su edad. La reforma operada por la LO 8/2021, 4 de junio, de protección Integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha descartado este sinsentido y excluye la validez del consentimiento cuando se trate de alguno de los delitos previstos en el art. 183.2 del CP. Contribuye también a la ambigüedad -y sigue intacta pese a la reciente reforma de 2021- la utilización de expresiones como proximidad,

desarrollo y madurez, que hacen previsible la dispersión interpretativa. De hecho, así fue puesto de manifiesto en los informes y debates que acompañaron a los trabajos prelegislativos de la reforma.

Por si fuera poco, el art. 183 quater obliga a los Jueces y Tribunales a un ejercicio valorativo del grado de desarrollo y madurez del menor que no siempre resulta bien entendido. Es comprensible que la sensibilidad social por la protección de la indemnidad sexual de la infancia genere reacciones frente a decisiones jurisdiccionales que, sin ser leídas en su integridad, son presentadas como alentadoras de la impunidad de cualquier contacto sexual de un adolescente que ya ha cumplido 13 años con un mayor de edad. Sin embargo, esta Sala ha desarrollado un marco de doctrina jurisprudencial encaminado a buscar ese delicado punto de equilibrio entre la protección integral del menor de edad frente a cualquier abuso y el reconocimiento de su capacidad de determinación en la esfera sexual, siempre que su grado de desarrollo y madurez y, sobre todo, las circunstancias personales del autor permitan concluir que el contacto sexual estuvo despojado de cualquier significación delictiva.

(...)

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el alcance del art. 183 quater. En la STS 478/2019, 14 de Octubre, nos referíamos al deseo legislativo de "...destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 quater atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez. Y se justificó la adición señalando (...) en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir 'la asimetría de edades' cuando los actos sexuales son realizados por menores". Con cita de este mismo precedente, la STS 699/2020, 16 de Diciembre, recordaba que "...la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez".

La eficacia del consentimiento del menor de edad que acepta la práctica de actos de significación sexual, fue subrayada por la STS 294/2021, 8 de Abril : "...partiéndose

de que el consentimiento de la menor (de 13 o 16 años) resulta a todos los efectos inválido para justificar la conducta del adulto con quien mantiene relaciones de naturaleza sexual, por vía de excepción se recobra la virtualidad de ese consentimiento para aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez a su víctima, el contexto relacional en el que las conductas se producen aconseja excluirlas de la represión penal".

Pese a que no existía una previsión específica en tal sentido, como acontece ahora a raíz de la nueva redacción del art. 183 quater por la LO 8/2021, 4 de Junio, la jurisprudencia ya había descartado su aplicación "... cuando entre el acusado y la menor ha habido violencia (...) lo que ya de por sí es suficiente para no aplicar dicho precepto" (STS 694/2021, 15 de septiembre y ATS 419/2021, 13 de mayo).

La STS 700/2020, 16 de Diciembre ha etiquetado el art. 183 quater como "...una causa de exención de la responsabilidad, cuya naturaleza se aproxima a una causa de exclusión de la tipicidad (...). En todo caso, se trata de una cláusula para cuya aplicación en la relación sexual de un mayor de edad con un menor de 16 años precisa que la edad del mayor sea próxima a la del menor, y que, también, ambos sean próximos en madurez; son, pues, dos requisitos cumulativos, que, de no concurrir ambos, descartan de raíz la aplicación de dicha cláusula de exención de responsabilidad penal.

No ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que lo ha combinado con la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y en la simetría de madurez entre ambos, y ello porque estos son factores no sujetos a reglas fijas, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración.

En este sentido la referida Circular de la Fiscalía 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: 'como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima."

Por otro lado, y en cuanto a la plena admisión de la aplicación de la citada cláusula de asimetría, cuando no se de alguno de los requisitos de proximidad de edad y de grado de desarrollo o madurez física y psicológica entre el acusado y la víctima del delito, en entidad suficiente para aplicar la exención total de responsabilidad, pero sí una cercanía en tales datos (lo que siempre, lógicamente, debe concurrir es el requisito o elemento del consentimiento) que justifique su apreciación como atenuante analógica del artículo 21.7ª del Código Penal, pudiendo dar lugar a una rebaja de la pena en uno o incluso dos grados (en el caso de que se aprecie la circunstancia como muy cualificada), puede citarse la STS nº 699/2020, de 16 de Diciembre.

II.- El MINISTERIO FISCAL impugna la apreciación de la atenuante analógica que examinamos, entendiendo que no hay base para apreciarla, ni siquiera a efectos de rebajar la pena aplicable en un grado.

Antes de entrar de lleno en la impugnación, han de hacerse dos advertencias: a) por un lado, en primer lugar, que, a tenor del recurso interpuesto, el mismo se basa exclusivamente en la infracción de norma jurídica, por lo que obligado es el respeto al relato de hechos probados que establece la sentencia recurrida, debiendo en suma rechazarse el intento de la parte apelante de introducir, de forma indirecta, un cuestionamiento del referido relato, en especial en lo que se refiere a que concurra en el caso una situación de prevalimiento (mucho menos, de violencia o intimidación) por parte del acusado hacia la menor, que no se menciona en la sentencia, y que justificaría, de existir, el rechazo a atenuar la responsabilidad penal del mismo. b) en segundo lugar, que no nos hallamos ante un supuesto de exención total de la referida responsabilidad, es decir, ante la aplicación plena del artículo 183 Quater, sino ante una aplicación de una atenuante analógica, por entender que,

aunque no se dan plenamente los elementos de que habla el precepto, sí al menos nos acercamos bastante a la existencia de los mismos.

Sentado lo anterior, debemos compartir totalmente las sensatas y ponderadas razones que se exponen en la sentencia recurrida para apreciar dicha atenuante analógica y para llegar a la conclusión de que resulta proporcional la rebaja en dos grados de la pena que, de no mediar la circunstancia, cabría imponer al acusado.

En efecto, en primer lugar, nos hallamos ante un supuesto de hecho de relaciones sexuales completas entre una pareja compuesta por un varón de 19 años y una mujer de 13 años. En este punto, aunque es cierto que la relación sentimental entre los mismos se produjo cuando ella tenía aún 12 años, no lo es menos que el inicio de la relación sexual, tras un corto período de noviazgo que comprendió el traslado de la misma a vivir con su novio y la familia de éste, se produjo el mismo día de su cumpleaños, en fecha 26 de Octubre de 2.020. La diferencia, por tanto, de 6 años no puede considerarse excesiva para excluir la simetría entre ambos.

Por otro lado, en cuanto a la proximidad en grado de desarrollo o madurez física o psicológica, aun cuando no puede reconocerse como plena, hay base para entenderla existente. En tal sentido, en el relato de hechos probados no se incorpora ningún dato que permita excluir tal proximidad aunque no sea plena (lo que daría lugar a la exención total de la responsabilidad penal) pero sí, al menos, suficiente para aplicar la atenuante, y además con el carácter de muy cualificada.

Volvemos a insistir en que, aunque el Ministerio Fiscal pretende en el recurso la consideración de datos fácticos que la sentencia no contempla, ello no resulta admisible. Lo que no puede obviarse es que no encontramos con una relación sentimental que se inicia entre dos miembros de la etnia gitana, en cuyo ámbito cultural no resulta sorprendente ni insólita la corta edad de la mujer en

tal inicio y en el mantenimiento de los naturales actos sexuales que conlleva tal relación, que se pretende similar a la matrimonial, con comienzo de una convivencia, a guisa de noviazgo, de la pareja en el domicilio de los padres del novio (siguiendo con ello un uso tradicional de la etnia) y posterior desarrollo de una vida plena similar a la matrimonial, que incluye los actos sexuales con pleno consentimiento de ambos. Todo ello con el indiscutible beneplácito de ambas familias (en el caso de ella de su abuelo, por hallarse sus padres en ignorado paradero). Que las relaciones sexuales se hayan desarrollado durante algunos meses (antes de la crisis y separación de la pareja) en el referido marco de una relación totalmente seria y formal a los ojos de las costumbres de dicha etnia, que ambos compartían y comparten, refuerza la conclusión de que los dos se hallaban en cierta manera próximos en el citado grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

No se trata, sin embargo, de pretender excluir a los miembros de dicha etnia de los rigores de la aplicación de la norma penal que prohíbe las relaciones sexuales, aunque sean consentidas, con una persona menor de 16 años. Pero sí de valorar en sus justos términos las circunstancias del caso. Y no vale aquí decir, como pretende la parte recurrente, que S. era una niña, mientras que el acusado era ya un adulto que habría mantenido anteriores relaciones sexuales con otras mujeres (incluso que habría tenido un anterior matrimonio por el rito gitano). Ciertamente, carecemos pruebas suficientes sobre tales extremos, así como de informes precisos sobre el desarrollo físico y mental de ambos, pero tal ausencia (al igual que falta una acreditación suficiente sobre si S. era virgen o no al consentir las relaciones con el ahora acusado) entendemos que no obsta para entender razonable, como hace la sentencia recurrida, que, de todo lo expuesto, cabe deducir no una proximidad en edad y desarrollo físico o psíquico que excluya la tipicidad penal de las relaciones sexuales habidas, pero sí una cercanía entre ambos aspectos que justifica una notable atenuación de la pena a

imponer. En este punto, nos parece desproporcionada en grado sumo la pretensión acusatoria de imponer al acusado nada menos que la pena de 12 años de prisión por los hechos enjuiciados.

Consideramos, en conclusión, que el recurso de apelación debe ser desestimado confirmando íntegramente la sentencia recurrida, salvo en lo que diremos a continuación.

TERCERO.- REVISION DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA POR APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL PRODUCIDA POR LA LEY ORGANICA10/22.-

Habiendo entrado en vigor, en fecha 7 de Octubre de 2.022, con posterioridad a la comisión de los hechos enjuiciados, la Ley Orgánica 10/22, de 6 de Septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, con nueva redacción de los preceptos del Código Penal en que se regula el delito de agresión sexual (antes abuso sexual) de personas menores de 16 años, y teniendo en cuenta el mandato de la retroactividad de la ley penal más favorable que se contiene en el artículo 2.2 del Código Penal, se hace obligado comprobar si la nueva regulación que del delito enjuiciado establece el actual artículo 181.1 y 3 resulta o no más favorable que el aplicado en la sentencia, y vigente en el momento de cometerse los hechos enjuiciados, que era el artículo 183.1 y 3.

Y, en efecto, una simple comparación entre tales preceptos arroja el evidente resultado de que la nueva regulación es más favorable para el reo que la anterior. Así, a tenor del artículo 183.1 y 3 del Código, en su anterior redacción, castigaba los hechos enjuiciados, consistente en la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 años, con acceso carnal por vía vaginal, con la pena de prisión de 8 a 12 años. Como quiera que se ha reconocido una atenuante por analogía del artículo 21.7ª en relación con el artículo 183 Quater,

el órgano de enjuiciamiento ha rebajado la pena en dos grados, de modo que la pena a imponer iba de 2 a 4 años, que había necesariamente de señalarse, dado el carácter de delito continuado (artículo 74 del Código Penal) en su mitad superior, que va de 3 a 4 años, habiéndose impuesto en la sentencia recurrida su cifra mínima posible, es decir, la pena de 3 años de prisión.

Sin embargo, la conducta enjuiciada encaja ahora tras la reforma en el artículo 181.1 y 3 del Código Penal, que señala a la misma la pena de prisión de 6 a 12 años. Aplicando la misma atenuante por analogía ya señalada del artículo 21.7ª (con remisión ahora al artículo 183 bis) y haciendo idéntica rebaja de dos grados, la pena de prisión a imponer irá de 1 año y 6 meses a 3 años, que necesariamente habrá de señalarse, por ser delito continuado, en su mitad superior, que va de 1 año y 15 meses a 3 años. Siguiendo idéntico criterio que en la sentencia recurrida, es decir, aplicar la cifra mínima, la pena de prisión resultante será, pues, la de 1 año y 15 meses, o lo que es lo mismo, 2 años y 3 meses, inferior por tanto en 9 meses a la condena objeto de recurso.

Debe, por lo tanto, procederse a revisar de oficio la condena impuesta, aplicando la pena de prisión resultante de la nueva regulación por ser la misma más favorable al reo, si bien habrá de añadirse, conforme a lo dispuesto en el artículo 192.1 y 3, párrafo segundo, del Código Penal, que en este punto es idéntico en la antigua y la nueva regulación, la medida de libertad vigilada del condenado, por tiempo de 5 años, a ejecutar con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión, e igualmente la obligada inhabilitación especial de dicho condenado para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por tiempo superior en 5 años a la pena de prisión impuesta.

Dicha medida e inhabilitación debieron imponerse aún con la antigua regulación, si bien la sentencia recurrida las omite.

CUARTO.- COSTAS.-

Pese a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, las costas del mismo han de ser declaradas de oficio (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En atención a lo expuesto, administrando justicia en nombre del Rey,

-FALLAMOS-

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, de fecha 17 de Octubre de 2.022, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Sin embargo, y por aplicación retroactiva de la reforma penal producida por la Ley Orgánica 10/22, de 6 de Septiembre, se procede a revisar la condena impuesta, en el siguiente sentido: **la pena de prisión que se impone al acusado condenado se reduce a la de 2 años y 3 meses. E igualmente, se impone al condenado la medida de libertad vigilada, por tiempo de 5 años, a ejecutar con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión, e igualmente se le impone la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por tiempo superior en 5 años a la pena de prisión impuesta.**

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

E./