



Roj: **STS 2630/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2630**

Id Cendoj: **28079120012023100456**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2023**

Nº de Recurso: **10701/2022**

Nº de Resolución: **444/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 2931/2022,**  
**STS 2630/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 444/2023**

Fecha de sentencia: 14/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10701/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10701/2022 P

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 444/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 10701/2022 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **D. Isidro**, representado por el procurador D. Julián Olivas Roldán y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Silvia de la Paz de Talavera Gawronska, contra la sentencia núm. 63/2022 de 3 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el Recurso de Apelación núm. 51/2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia núm. 164/2022, de 12 de mayo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 47/2021 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete, que le condenó como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual de los arts. 178, 179 y 180.1.5 del Código Penal, un delito de robo con violencia en casa habitada y uso de instrumentos peligrosos del art. 237, 242.1, 2 y 3 del Código Penal y un delito leve de lesiones del art. 147.2 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es parte el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete incoó Diligencias Previas con el núm. 865/2020, por un delito de agresión sexual, un delito de robo con violencia y un delito leve de lesiones contra D. Isidro y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Albacete, cuya Sección Segunda dictó, en el Procedimiento Ordinario núm. 47/2021, sentencia el 12 de mayo de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO.- Sobre las 5 horas del día 8 de septiembre de 2020, el procesado Isidro, mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido en Gambia, en situación irregular en nuestro país, (quien también utiliza el nombre de Marcelino, nacido en Camerún, sin antecedentes penales), detenido el 9 de septiembre y en prisión provisional por esta causa desde el día 10 de septiembre de 2020, caminaba por la CARRETERA000, y al llegar al número NUM000, lugar en el que reside Fidela, siendo su vivienda una chabola, se adentró en la zona de patio de la referida vivienda, hecho que fue advertido por la señora Fidela, de 67 años de edad, que al verlo intentó defenderse rociando la cara del procesado con un bote de insecticida, no pudiendo evitar que el mismo, que cayó al suelo tras ello, se levantara inmediatamente y la agarrara del cuello introduciéndola en el interior de la vivienda, lugar donde cogiendo un serrucho viejo se lo puso en el cuello, y le decía que le iba a matar y le pedía el dinero que tuviera, por lo que Fidela, a fin de evitar que le causara un daño mayor, le hizo entrega del dinero que tenía ahorrado, ascendente a la cantidad de 200 €.

Una vez consiguió que la señora Fidela le entregara todo el dinero que tenía, sin soltarla y manteniéndole puesto el serrucho en el cuello, la lanzó contra la cama, le bajó los pantalones y la ropa interior y la penetró vaginal y analmente hasta que llegó a eyacular fuera. A continuación, abandonando la vivienda, dándose a la fuga.

A consecuencia de estos hechos Fidela sufrió lesiones consistentes en dislaceración de unos 3 mm a nivel del introito y lesiones eritematosas mal definidas a nivel cervical y en región anterior del tórax, lesiones que no precisaron de tratamiento médico para su curación, la cual obtuvo transcurridos 5 días, que lo fueron de perjuicio básico.

Fidela acudió en la misma mañana del día 8 de septiembre al Servicio de Urgencias Ginecológicas del HOSPITAL000 de Albacete, y por la tarde se personó en Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía formulando denuncia.

Fidela ha renunciado expresamente a la indemnización que por estos hechos le pudiera corresponder."

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

"Debemos condenar y condenamos a Isidro como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual de los artículos 178, 179 y 180.1.5º del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de trece años de prisión; con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; prohibición de aproximación a Fidela, a su domicilio y cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente en un radio de 500 metros por un periodo de 14 años, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio y durante el mismo periodo de tiempo, imponiéndole además la medida de libertad vigilada, por tiempo de seis años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, como autor de un delito de robo con violencia en casa habitada y uso de instrumentos peligroso del art. 237, 242.1, 2 y 3 del Cp, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años



y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; prohibición de aproximación a Fidela , a su domicilio y cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente en un radio de 500 metros por un periodo de 6 años, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio y durante el mismo periodo de tiempo y como autor de un delito leve de lesiones del art. 147.2 del Cp, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 2 meses con cuota diaria de 6 €, sin responsabilidad personal subsidiaria y costas del procedimiento."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Isidro , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en fecha 3 de noviembre de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 51/2022, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por la procuradora de los tribunales Sra. TORRES SANCHEZ en representación de Isidro contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2022, dictada por la sección 2 de la Audiencia Provincial de Albacete en autos PO 47/21, siendo parte recurrida el MINISTERIO FISCAL, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución; declarando de oficio las costas de esta alzada."

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Respecto al primero de los motivos infracción de los arts. 147.2, 178, 179, 180.1.5º y 237, 242.1, 2, y 3 del Código Penal en cuanto no se cumplen los requisitos del tipo, en relación con los preceptos legales correspondientes: No aplicación del tipo correcto, en relación con los preceptos legales correspondientes: inaplicación del artículo 24 de la Constitución, derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- De manera subsidiaria en caso de que el anterior fuera desestimado: Infracción art. 21 del Código Penal por no aplicación atenuante/eximente alcoholismo, la no aplicación de la atenuante de confesión del delito de robo a las autoridades y la reparación del daño causado, entendiéndose que deberían haber sido apreciadas.

**SEXTO.-** Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente. Asimismo, con respecto a la aplicación de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, el Ministerio Público concluye en su informe que " El recurrente, en relación con el delito contra la libertad sexual, ha sido condenado por delito de los artículos 178, 179 y 180.1.5º CP que previene una pena de prisión de doce a quince años. Hoy estaría subsumidos en los artículos 178.1, 179 y 180.1.2ª (violencia de extrema gravedad) y 6ª y 2 CP que previene una pena de once años y un día a quince años. La Pena impuesta es ajustada a los hechos tal como han sido valorados por el Tribunal de Instancia..."; Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo de la LECrim, por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 13 de junio de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El recurrente, D. Isidro , ha sido condenado en sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia Castilla La Mancha, como autor de los siguientes delitos:

- un delito de agresión sexual y uso de instrumento peligroso, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de trece años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; prohibición de aproximación a D.ª Fidela , a su domicilio y cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente en un radio de 500 metros por un periodo de 14 años, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio y durante el mismo periodo de tiempo, imponiéndole además la medida de libertad vigilada, por tiempo de seis años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

- un delito de robo con violencia en casa habitada y uso de instrumento peligroso, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; prohibición de aproximación a D.ª Fidela , a su domicilio y cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente en un radio



de 500 metros por un periodo de 6 años, y prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio y durante el mismo periodo de tiempo.

- un delito leve de lesiones, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 2 meses con cuota diaria de 6 euros sin responsabilidad personal subsidiaria.

Igualmente fue condenado a abonar las costas del procedimiento.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 63/2022, de 3 de noviembre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el Rollo de Apelación núm. 51/2022, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Isidro, contra la sentencia núm. 164/2022, de 12 de mayo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, en el en el Sumario Ordinario 47/2021, derivado de la causa instruida con el núm. 1/2021 por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete.

**SEGUNDO.**- Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada."

En definitiva el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya



objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo sin la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada."

Desde esta perspectiva procede analizar los motivos del recurso que formula la representación de D. Isidro .

**TERCERO.-** El primer motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación de los arts. 147.2, 178, 179, 180.1.5º y 237, 242.1, 2, y 3 CP, y por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra el art. 24 CE.

En desarrollo de este motivo expone que no han quedado acreditado ninguno de los delitos por los que ha sido condenado.

En relación con el delito de agresión sexual, señala que ha sido condenado exclusivamente por el testimonio de la víctima que actuó por móviles espurios, ya que, tras mantener relaciones sexuales con él, le hurtó la cantidad de 220 euros. Considera inexplicable que, teniendo en cuenta su corpulencia atlética y vigorosa con menos de 30 años de edad, y la forma y circunstancias en las que, según explicó la víctima, se desarrollaron los hechos, no deje secuelas en su cuerpo, máxime teniendo en cuenta la edad de ésta. Niega asimismo la utilización de un serrucho en la ejecución de los hechos. Sobre ello indica que, de haberse utilizado, hubiese provocado determinadas lesiones en la víctima, resultando a su juicio difícil creer que con un solo brazo pudiera sujetar a la víctima mientras con la otra la apuntaba con el serrucho.

Concluye que las relaciones sexuales fueron consentidas, y tras ellas, con alto grado de embriaguez, sustrajo a la víctima la cantidad de 220 euros, motivo por el que ésta llamó a la Policía cuando él volvió a disculparse y a devolverle parte del dinero. Por ello estima que, subsidiariamente, debería de ser condenado por el tipo básico previsto en el art.179 CP.

En relación con el delito de robo, insiste en la falta de pruebas.

Denuncia también que no se haya realizado ninguna prueba de huellas ni de ADN en relación al serrucho, entendiéndose que con ello se vulnera el derecho a la presunción de inocencia. Afirma que el hecho castigado en el delito de robo con instrumento peligroso es el empleo del arma en el momento de apoderarse de lo ajeno, y en el supuesto de autos en ningún momento se hizo uso del serrucho para acometer el robo.

Subsidiariamente señala que no se ha aplicado el subtipo atenuado por la menor entidad de la violencia.

**CUARTO.-** Conforme a la exposición realizada por el recurrente su queja se concreta a un único motivo: vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Tal respuesta debe ofrecerse, no desde la perspectiva de la impugnación casacional hecha valer por vía del artículo 849.1º LECrim, sino por el cauce previsto en el art. 852 de la LECrim y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial.

A través de este motivo lo que el recurrente hace en casación es atacar de nuevo la valoración de la prueba practicada en la primera instancia, revisada por el Tribunal Superior de Justicia.

Las cuestiones que ahora plantea fueron formuladas en idénticos términos ante el Tribunal Superior de Justicia. En consecuencia, la cuestión carece de relevancia casacional, en la medida en que no alega ni plantea argumentos distintos de los ya esgrimidos con anterioridad, que permitan a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación. Especialmente teniendo en cuenta que la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial ha recibido por parte del órgano de apelación una respuesta lógica, motivada y razonable y que respeta la reiterada jurisprudencia sobre el particular (que se cita y aplica adecuadamente en tal resolución).

Efectivamente, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia ofrece respuesta al recurrente sobre las cuestiones que suscita. Confirma la explicación coherente y clara de lo ocurrido efectuada por la Audiencia Provincial, que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.



Parten ambas sentencias de la declaración efectuada por la víctima.

Descartan en primer lugar que esta carezca de aptitud para declarar, para lo cual toman en consideración la prueba pericial médico forense que constata que el relato de la víctima no fue una ideación, un delirio o alucinación, ni presenta alteración de la sensopercepción ni alteraciones del contenido del pensamiento de tipo delirante, ni ninguna alteración psicopatológica de tipo psicótico.

Comprueban que no existía relación previa entre la víctima y el agresor que pudiera llevar, por motivaciones espurias o de venganza, a formular cargos falsos o a tergiversar los hechos en lo sustancial hasta el punto de perjudicarle gravemente. Incluso la víctima ha renunciado a las acciones civiles que pudieran corresponderle y no ha reclamado indemnización.

Sobre la credibilidad del testimonio de la víctima, el Tribunal de instancia verifica que el testimonio de la denunciante ha sido fiable y sólido, coherente en todo momento, y sin contradicciones inexplicables en lo esencial. La Audiencia procedió a valorar de manera detallada y extensa la declaración de la testigo, lo que ha sido revisado y confirmado por el Tribunal Superior de Justicia. Constata que su declaración en el plenario coincide en esencia con lo relatado en anteriores declaraciones, pero no es una copia exacta, una repetición mecánica como si se tratase de una versión aprendida, lineal y repetida que pudiera sugerir una irreal ideación o una imputación mendaz de hechos tan graves si no fueran ciertos.

Se ha confirmado también la existencia de elementos de corroboración objetiva periférica.

En primer lugar, la propia declaración del acusado se erige como elemento corroborador. De ella destaca el Tribunal es que lo único que reconoció en el juicio es que fue y se llevó dinero y al día siguiente volvió al mismo sitio a devolvérselo, asegurando que no llegó a entrar a la casa de la señora, aunque también expuso que no recordaba todo lo que pasó esa noche, solo haberle quitado dinero. Expone el Tribunal la escasa fiabilidad que le merece la declaración del acusado, quien señaló que conoció lo que había ocurrido porque se lo contó al día siguiente la víctima, lo cual resulta poco creíble teniendo en cuenta que él solo hablaba inglés y que la víctima, de origen rumano, hablaba español con dificultad. Negó también haber entrado en la vivienda lo que casa mal con los vestigios encontrados en su interior.

En momento alguno indicó el acusado que hubiera mantenido una relación sexual consentida con la denunciante. En este punto destaca el Tribunal que esta posibilidad no fue puesta de manifiesto por la defensa hasta el trámite de informe en el acto del juicio. Igualmente, tal y como se expresa en ambas sentencias, la levedad de las lesiones que presentó la Sra. Fidela, no excluye la agresión sexual. Por el contrario, reiterada la doctrina de esta Sala que señala que el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones a la víctima.

Pero es que, además, el Tribunal ha contado con otros elementos de corroboración.

En primer lugar, destaca el informe de exploración de la víctima llevado a cabo por la médico forense en el HOSPITAL000 de Albacete, ratificado en juicio, que refleja la existencia de lesiones consistentes en dilaceración de unos 3 mm al nivel del introito y lesiones eritematosas mal definidas a nivel cervical y en región anterior del tórax, compatibles con un abordaje sexual no consentido, que al tratarse de hechos muy cercanos las lesiones se estaban formando en ese momento, pero eran compatibles con estigmas digitales en la zona cervical.

En segundo lugar, el Tribunal ha contado con los Informes emitidos por el Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Entre ellos, el informe NUM001 de 27 de enero de 2021 detecta perfil genético de varón coincidente con el perfil genético del Isidro. En el informe de continuación de 14 de septiembre de 2021 informa de que el perfil genético encontrado en las bragas de la víctima coincide con el de Isidro. En el Dictamen NUM002 del dicho Servicio de fecha 3 de diciembre de 2020 concluye que solo encontraron restos de semen humano en la braga de la víctima (zona entrepierna y zona trasera), no en hisopos de introito vaginal, de vagina, de cérvix, ni en el de lavado vaginal y anal. El informe de 26 de julio de 2021 detecta ADN del acusado en las muestras de la braga, en los hisopos anales marcadores STR de éste, así como también en los hisopos de vulva-introito y vaginales se detecta en el análisis de marcadores STR del cromosoma y un mismo haplotipo coincidente con el de Isidro.

También ha valorado el hallazgo de restos de semen del acusado en la manta hallada sobre la cama en la inspección técnico policial en la vivienda de la víctima, según Informe del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología de 27 de enero de 2021.

Todo ello corrobora sin lugar a duda, tal y como expone la Audiencia, la explicación que ofreció la víctima en el sentido de que el acusado la penetró vaginal y analmente y que eyaculó sobre sus nalgas, cuando la puso boca abajo en la cama.



Tampoco ha ofrecido dudas al Tribunal la utilización del serrucho tanto para la comisión del delito contra la libertad sexual como para el robo. Como destaca el Tribunal Superior de Justicia, "el hecho de que la Policía Científica no encontrase huellas del acusado no excluye la posibilidad de su existencia dada la dificultad de detectarlas por las características del instrumento (viejo, sucio) como explicó en el plenario el agente de la Policía Nacional NUM003 que recogió el serrucho en el lugar de los hechos para su examen posterior por la Policía Científica, debiendo hacer ver que no son necesarios conocimientos especializados para obtener dicha explicación que no desmiente, sino que complementa, el resultado del análisis técnico realizado".

Rechaza también de forma racional y lógica la tesis de la defensa en relación a las supuestas lesiones que deberían haber aparecido en el cuello de la víctima como consecuencia del uso del mentado serrucho, "porque se trata de mera hipótesis o suposición, sin más trascendencia, respecto de la prueba del uso de dicho instrumento sobre el cuello de la víctima sin que lo apretara lo necesario para causarle lesiones, debido también a la falta de aptitud para cortar dadas las características que presentaba".

En todo caso, la exhibición del arma es equivalente a su uso. Basta la exhibición con finalidad amedrentar o conminar, aunque no se haya hecho uso directo y efectivo de ella contra la persona intimidada, para colmar la agravación prevista en el art. 242.3 CP.

Queda así evidenciado que el órgano de apelación ha confirmado la sentencia de instancia, reafirmando la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos que se reflejan en el apartado de hechos probados. Tales pruebas, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal.

Más allá de lo ya expresado a lo largo de la exposición realizada, no procede realizar en este momento un nuevo análisis de la prueba que ha sido practicada, y que esta Sala no ha presenciado, con la finalidad de efectuar una nueva valoración de la misma que, como hemos dicho más arriba, no es procedente.

**QUINTO.-** Por último, la pretensión del recurrente de que sea apreciado el subtipo atenuado por la menor entidad de la violencia contemplado en el art. 242.4 CP, no ha sido deducida ni ante la Audiencia Provincial ni ante el Tribunal Superior de Justicia, por lo que no es posible proceder ahora a su examen por vez primera.

El ámbito de la casación y en general de los recursos se restringe a las cuestiones, temas o pretensiones que fueron planteadas formalmente en la instancia por las partes. No pueden introducirse temas diferentes, hurtándolos del imprescindible debate contradictorio previo y de una respuesta judicial que, a su vez, podría haber sido objeto de impugnación por las otras partes.

Conforme hemos señalado en la sentencia núm. 945/2022, de 12 de diciembre, con remisión a la sentencia núm. 84/2018, de 15 de febrero "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas ( SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)". ( STS nº 290/2019, de 31 de mayo)".

El motivo se desestima.

**SEXTO.-** El segundo motivo del recurso se formula por infracción art. 21 CP, no aplicación atenuante/eximente alcoholismo, la no aplicación de la atenuante de confesión del delito de robo a las autoridades y la reparación del daño causado (sic).

La formulación del presente motivo casacional nos impide conocer realmente la vía a través de la cual se pretende apoyar la supuesta incorrección cometida por la Sala de instancia al no apreciar tal circunstancia de atenuación.

Se limita a exponer que no se ha valorado correctamente por parte del Tribunal el hecho que presentase síntomas altos de embriaguez, constatados por la víctima cuando fue al día siguiente para disculparse por



el hurto de los 220 euros. Añade que solicitó que se librase oficio al IML en aras a valorar su alcoholismo, lo que fue denegado.

Igualmente considera que debía haber sido apreciada la atenuante de confesión, en este caso a la policía nacional en el momento de la detención en la vivienda de D.<sup>a</sup> Fidela .

En relación a la atenuante de reparación del daño, expone que, según declaró la propia víctima, para paliar la sustracción de las cantidades que ella dice haber sido poseedora, le envió a realizar numerosas tareas como rellenar varias garrafas de agua a una fuente lejana, dado que al vivir en una chabola, carecía de suministro regular de agua potable.

A excepción de la atenuante de embriaguez, nuevamente nos encontramos ante cuestiones que no han sido sometidas a la consideración de la Audiencia ni del Tribunal Superior de Justicia, por lo que procede tener aquí por reproducido en sentido desestimatorio lo ya expresado en el anterior fundamento de derecho.

Centrándonos en la embriaguez, sobre la cual trata el recurrente de sustentar la apreciación de una atenuación conforme al art. 21.2 CP, no figura en la sentencia de apelación, queja alguna en relación a la denegación acordada por la Audiencia de la prueba pericial ofrecida por el acusado en aras a valorar su alcoholismo, teniendo en cuenta que, dado el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos, no era posible determinar si en el momento de llevar a cabo la acción por la que ha resultado condenado el mismo tenía alteradas sus facultades volitivas y/o intelectivas a consecuencia del previo consumo de bebidas alcohólicas. No aparece que el recurrente efectuara queja alguna al respecto al formular el recurso de apelación, y, menos aún, que solicitara la práctica de la prueba en la alzada, conforme le permitía el art. 790.3 LECrim. Además, la queja del recurrente debería haberse hecho valer a través del motivo previsto en el art. 850.1º LECrim.

En relación al consumo de bebidas alcohólicas y sus efectos en las facultades intelectivas y/o volitivas del sujeto, recordábamos en la sentencia núm. 307/2019, de 12 de junio, que "para poder apreciar la circunstancia de consumo de alcohol, sea como una mera atenuante, sea como una exigente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción al alcohol como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto al consumo de alcohol, o que había bebido bastante sin mayores especificaciones y matices, permita aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones ( SSTS núm. 577/2008, de 1 de diciembre, 315/2011, de 6 de abril; 796/2011, de 13 de julio; y 738/2013, de 4 de octubre)."

En el caso de autos, el Tribunal no estimó acreditado la ingesta de alcohol por el acusado, y menos aún que pudiera haber afectado sus las facultades volitivas e intelectivas. Valora para ello su declaración, asegurando que esa noche había estado de celebración con un amigo bebieron unas dos botellas de vodka y chupitos, a la que no confiere credibilidad, al no haber identificado ni intentado siquiera la citación como testigo del referido amigo. Igualmente considera que, si hubiera ingerido alcohol en tal cantidad como para no recordar lo sucedido, sus facultades motoras estarían afectadas y desprendería un fuerte olor a alcohol, lo que no fue apreciado por la víctima.

El Tribunal Superior de Justicia sobre este extremo ratifica el razonamiento de la Audiencia y rechaza la alegación efectuada por el acusado en su escrito de apelación.

Es evidente pues que no concurren razones para estimar que el Tribunal haya apreciado erróneamente las condiciones de imputabilidad de Isidro . No ha podido encontrarse base alguna para poder inferir racionalmente que en el momento de la ejecución de los hechos concurría una especial limitación de sus facultades intelectivas y volitivas, que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma.

El motivo por ello se desestima.

**SÉPTIMO.-** El principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo se encuentra regulado en el art. 2.2 CP, conforme al cual "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo".

En idéntico sentido, el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, establece que "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena





más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta".

Y, como tradicionalmente ha señalado el Tribunal Constitucional, este principio se halla también comprendido a sensu contrario en el art. 9.3 CE, en el que se declara que "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

El Ministerio Fiscal, por medio de otro sí de su escrito impugnando el recurso indica que a los hechos comprendidos en los arts. 178, 179 y 180.1. 5º CP en el momento de su comisión, les correspondía una pena de prisión de 12 a 15 años. Hoy estaría subsumidos en los artículos 178.1, 179 y 180. 1, 2ª (violencia de extrema gravedad) y 6ª y 2 CP que previene una pena de 11 años y 1 día a 15 años.

Estima por ello que la pena impuesta es ajustada a los hechos tal como han sido valorados por el Tribunal de instancia.

Nada ha sido alegado por el recurrente, pese a haber presentado su escrito de recurso después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre y el de alegaciones, por vía del art. 882 LECrim, después de conocer la posición del Ministerio Fiscal.

Los preceptos aplicables al tiempo de la comisión de los hechos fueron los contenidos en los arts. 178, 179 y 180.1.5ª CP que preveían la aplicación de la pena de prisión en extensión de 12 a 15 años.

Conforme a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, los hechos se consideran constitutivos de un delito de agresión sexual sancionado en los arts. 178, 179 y 180.1.6ª CP, por lo que el arco penológico de la pena de prisión aplicable sería el de 7 a 15 años.

El Ministerio Fiscal pretende también la aplicación de la agravación contenida en el art. 180. 1, 2ª CP en atención a la extrema gravedad de la violencia empleada. Para ello atiende a las circunstancias expresadas por el Tribunal de instancia para graduar la pena conforme a lo ordenado por el art. 66.1.6ª CP. De esta forma, el Tribunal justificaba la imposición de la pena de prisión en extensión de 13 años atendiendo a que "el acusado carece de antecedentes penales, se encuentra en situación irregular en nuestro país, y teniendo en cuenta que los hechos se cometen por una persona joven, de 26 años, frente a una mujer de 67 años, que vive en una chabola habiendo tenido lugar a las 05:00 horas de la madrugada, facilitando así la comisión y la indemnidad del autor, demuestran un grado de crueldad que justifica la imposición de una pena superior a las mínimas previstas".

Los hechos son sin duda graves. Toda agresión sexual es grave, como lo es sin duda la agresión perpetrada contra la Sra. Fidela , y por ello el legislador ha previsto para este hecho una pena grave. Pero ni el hecho probado ni las consideraciones efectuadas por la Audiencia para justificar la imposición de la pena de prisión en extensión de 13 años, reflejan la utilización de "una violencia de extrema gravedad", más allá de la necesaria para cometer el execrable hecho por el que es condenado. Lejos de ello, las circunstancias expresadas por el Tribunal se refieren a las condiciones personales del autor y de la víctima, y al contexto temporal y espacial en el que se desarrollaron los hechos, circunstancias todas ellas que, sin duda alguna, facilitaron la comisión del hecho pero no muestran el empleo previo o simultáneo de una violencia extremadamente grave.

Así pues, el marco penológico aplicable con la nueva ley es inferior, por tener un mínimo más bajo al de la legislación anterior, lo que hace procedente la aplicación de la nueva norma con la repercusión punitiva que plasmaremos en la segunda sentencia.

En cualquier caso, se le debe aplicar también la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, que es preceptivo imponer a tenor del art. 192.3, 2º párrafo CP.

**OCTAVO.-** La estimación del recurso formulado por D. Isidro conlleva la declaración de oficio de las costas, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECrim.

## FALLO

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

**1) Estimar en parte** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Isidro , contra la sentencia núm. 63/2022 de 3 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el Rollo de Apelación núm. 51/2022 en la causa seguida por los delitos de agresión sexual, robo con violencia en casa habitada y uso de instrumento peligroso y delito leve de lesiones



y en su virtud **casamos y anulamos** parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

**2) Declarar** de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso.

**3) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta** a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10701/2022 P

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto la causa con origen en las diligencias de Procedimiento Abreviado núm. 47/2021, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete, seguida por delito de agresión sexual, delito de robo con violencia en casa habitada y uso de instrumentos peligrosos y delito leve de lesiones contra el hoy recurrente en casación **D. Isidro**, con NIE núm. NUM004, nacido en Gambia, el día NUM005 de 1993, hijo de Modesto y Luisa, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete dictó sentencia condenatoria el 12 de mayo de 2022, que fue confirmada por la sentencia núm. 63/2022, de 3 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el Recurso de Apelación núm. 51/2022 que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.**- Se da por reproducido el fundamento de derecho séptimo de la sentencia antecedente.

Según ha quedado reflejado en el mismo, los hechos por los que D. Isidro ha resultado condenado constituyen un delito de agresión sexual con violencia y acceso carnal de los arts. 178, 179 y 180.1.6ª CP, debiendo ser impuesta la pena de prisión entre 7 y 15 años.

Para proceder a la individualización de la pena, valorando el contexto en el que se desarrollaron los hechos y las circunstancias personales del acusado y de la víctima descritos por la Audiencia, se estima adecuado imponer la pena de prisión en extensión de 10 años.



Si bien, al aplicarse la nueva regulación deberá imponerse además de las accesorias impuestas en la sentencia de instancia, conforme el art. 56 y 57.2 en relación con el art. 48 CP, la prevista en el art. 192.3 2º párrafo CP, esto es, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior en 5 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, esto es, 15 años.

## FALLO

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

1) La pena de prisión que corresponde a D. Isidro por el delito de agresión sexual con violencia y acceso carnal por el que ha resultado condenado se impone en extensión de 10 años. Igualmente se le impone la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de 15 años.

2) Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

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

Así se acuerda y firma.