



Roj: **STS 3242/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3242**

Id Cendoj: **28079120012023100569**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2023**

Nº de Recurso: **10737/2022**

Nº de Resolución: **596/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 596/2023**

Fecha de sentencia: 13/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10737/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

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

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10737/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 596/2023**

Excmos. Sres. y Excma. 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 13 de julio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los condenados **DON Luis Manuel y DON Luis Antonio**, contra la Sentencia núm. 92/2022, dictada el 27 de octubre, por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de apelación núm. 78/2022, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por los más arriba mencionados contra la sentencia núm. 236/2022, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife, sección sexta, por la que se condenó a los recurrentes como autores penal y civilmente responsables de un delito de agresión sexual del art. 178, en relación con el art. 180.1.2º del Código penal, y de un delito leve de hurto, del art. 234.2 también del Código penal. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento los condenados, **DON Luis Manuel y DON Luis Antonio**, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Belén Fernández Navarro y con la asistencia técnica de la Letrada doña Loueila Sid Ahmed Ndiaye (Mint el Mamy anteriormente); y ejerciendo la acción pública el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 2, (antiguo mixto 7), incoó procedimiento sumario ordinario núm. 2548/2021, por un presunto delito de agresión sexual de los arts. 178 y 180.1.2 y por un presunto delito de robo con intimidación del art. 242, ambos del Código penal, contra Luis Manuel y Luis Antonio. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife, que incoó PO Sumario 10/2022 y con fecha 7 de junio de 2022, dictó Sentencia núm. 236, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado y así se declara que:

En la madrugada de día 5 de diciembre de 2021, Zaida se encontraba en compañía de unos amigos en el bar " DIRECCION000 ", en la zona de ocio nocturno conocida como " DIRECCION001 ", sita en la PLAZA000 , DIRECCION002 .

Sobre las 2:40 horas, Zaida salió al exterior del local en compañía de un amigo suyo llamado Casimiro. Una vez fuera del local se le acercaron otros individuos entre los que se encontraban Luis Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Luis Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, que comenzaron a hablar con ellos. Zaida comenzó a encontrarse mal, por lo que decidió apartarse de su amigo, alejándose unos metros para poder vomitar. Esta circunstancia fue aprovechada por Luis Manuel y Luis Antonio quienes siguieron a Zaida.

Cuando Zaida estaba en ese lugar más apartado, vomitando, de pie e inclinada hacia adelante, antes de que la misma siquiera se hubiese llegado a incorporar, Luis Manuel y Luis Antonio se abalanzaron sobre ella con la intención de satisfacer sus deseos sexuales y de común acuerdo, abordándola por la espalda, comenzaron, desde detrás, a tocarle los pechos, las nalgas y la entrepierna.

Al encontrarse en esa situación, sola, de noche, en un lugar apartado y rodeada por dos varones que ella no conocía y que la habían abordado de forma abrupta y sorpresiva sin mediar palabra alguna, Zaida se sintió impedida y sin capacidad de reacción, sintiendo un intenso agobio, ansiedad y desasosiego que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, la cual conocieron y aprovecharon los procesados para realizar con ellas diversos actos de naturaleza sexual con ánimo libidinoso previo acuerdo. Zaida pidió a los procesados en reiteradas ocasiones que la dejaran en paz, que no quería nada con ellos, intentando separarse de los mismos pero estos, haciendo caso omiso a sus peticiones, continuaban realizando tocamientos incesantes en las zonas genitales de Zaida mientras que, con la finalidad de vencer la resistencia, que Zaida podía oponer, la agarraban por la fuerza de uno de sus brazos, tirando de ella para evitar que la misma pudiese abandonar el lugar a la vez que intentaban convencerla para que se fuese con ellos a un lugar más tranquilo.

Finalmente Zaida consiguió zafarse de los procesados y pedir ayuda a las personas que allí se encontraban, quienes llamaron al teléfono de emergencias, personándose una patrulla de Policía Nacional en el lugar de los hechos. En ese momento Zaida se percató que le faltaban varios efectos que contenía en el bolso que llevaba, (en concreto), en concreto 18 euros, una batería portátil, un estuche con una pequeña esponja de maquillaje y un abono transporte a su nombre, así como un cable usb; efectos de los que se apoderaron los procesados sin que conste que hubieran empleado violencia o intimidación para ello o que se hubieran aprovechado de las circunstancias anteriormente expuestas, pero actuando con ánimo de lucro. Dichos efectos fueron recuperados y entregados por la Policía a Zaida.



Al llegar los Agentes al lugar, los procesados se habían marchado, por lo que dieron varias batidas por la zona, localizando a los ahora procesados en la CALLE000 , DIRECCION002 , procediendo a la detención de los mismos, comprobando que Luis Manuel portaba en su riñonera los efectos de la denunciante.

Los hechos anteriormente señalados fueron denunciados por Zaida tanto en sede policial, el día 5 de diciembre de 2021, como ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Cristóbal de La Laguna.

Mediante Auto de fecha 7 de diciembre de 2021 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de San Cristóbal de La Laguna, de fecha 30 de abril de 2020 (sic), se acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza de los dos procesados".

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

"Que debemos condenar y condenamos a Luis Manuel Y Luis Antonio como autores penal y civilmente responsables de un DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL del artículo 179 (sic) en relación con el artículo 180.1.2º del Código Penal y un DELITO LEVE DE HURTO del artículo 234.2 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debiendo imponer a cada uno de ellos, las penas siguientes:

- por el primer delito, la pena de 5 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena así como a la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de 5 años y con el contenido que se proponga de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 del Código Penal, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior a 5 años al de la duración de la pena impuesta.

- por el delito leve, la pena de un mes multa a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal subsidiaria".

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal de los condenados presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, formándose el rollo de apelación núm. 78/2022. En fecha 27 de octubre el citado Tribunal dictó sentencia núm. 92/2022, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Luis Manuel y don Luis Antonio contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento sumario ordinario nº 10/2022; no se efectúa imposición de las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual ha de anunciarse en el plazo de cinco días ante esta Sala a contar desde la efectuada al procurador, y ha de formalizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

**CUARTO.-** Contra la anterior sentencia, la representación procesal de los condenados anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso de casación formalizado por los aquí recurrentes, escrito de fecha 3 de febrero de 2023, se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por vulneración del art. 24.1 y 2 de la CE, en cuanto al derecho a la presunción de inocencia.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., al haberse aplicado indebidamente el artículo art. 179 (sic) en relación con los arts. 180,1.2, y el art. 234.2, todos ellos del Código penal.

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 14 de febrero de 2023 se da traslado para instrucción al Ministerio Fiscal del recurso, quien estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación, en razón a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 17 de febrero de 2023.



**SÉPTIMO.-** Por diligencia de ordenación de 21 de febrero siguiente se tiene por incorporado el anterior escrito y se da traslado a la parte recurrente por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim., quien presenta las alegaciones pertinentes oponiéndose al escrito del Ministerio Fiscal.

**OCTAVO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 28 de abril de 2023, se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 13 de junio de 2023. Por providencia de 14 de junio se acuerda la suspensión del señalamiento y, se da traslado por el plazo sucesivo de tres días a los recurrentes y al Ministerio Fiscal, para que se pronuncien sobre la posible aplicación de la Ley Orgánica 10/2022.

La parte recurrente interesa de esta Sala, se valore, de conformidad con el traslado conferido, la pena en su límite inferior.

El Ministerio Público considera que no procede revisar las penas impuestas de conformidad con lo expuesto en su informe de fecha 21 de junio siguiente.

**NOVENO.-** Por providencia de 26 de junio de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 12 de julio de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (infracción de precepto constitucional), consideran los recurrentes que habría sido vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia ( artículo 24.2 de la Constitución española).

Argumentan para sustentar tal aserto, de forma imprecisa y genérica, que el testimonio de la víctima carece de los "requisitos" establecidos por la jurisprudencia para que, sobre su sola base, pueda reputarse enervada la presunción de inocencia. Y así, observan los recurrentes que la misma no fue capaz de identificar, con la indispensable fijeza a las personas que, "*supuestamente*", le habrían agredido sexualmente. Además, aseguran que el relato del amigo que la acompañaba entra en contradicción sustancial con lo declarado por ella.

2.- Como recuerda, por ejemplo y por todas, nuestra reciente sentencia número 232/2023, de 30 de marzo: <<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 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.

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">>.

2.- En el caso, y frente a lo que dicha doctrina deja observado, reproducen aquí los recurrentes las quejas que ya sostuvieron al respecto en la apelación previa. Y lo hacen, además, sin contradecir explícitamente ninguno de los argumentos de aquélla. Lo cierto es, en cualquier caso, que las declaraciones testimoniales de Zaida no incurren en contradicción sustancial alguna respecto de lo sucedido el pasado día 5 de diciembre de 2021, cuando salió, acompañada de su amigo Casimiro, del establecimiento de hostelería en el que ambos se encontraban. En sustancia, después de describir que se les acercaron amistosamente unas personas para charlar, explicó que, encontrándose mal, ella se dirigió a un lugar apartado, frente a una valla, para vomitar, siendo seguida por dos personas que la abordaron desde atrás y comenzaron a manosearla (tocándole pechos, nalgas y entrepierna). Explicó también que se sintió acorralada por ellos, quienes la abordaron desde atrás y estando ella situada frente a una valla, pidiéndoles reiteradamente que la dejaran en paz y tratando de abandonar el lugar, *"intentando separarse de los mismos, pero éstos, haciendo caso omiso a sus peticiones"*, continuaron realizándole los mencionados tocamientos y *"la agarraban por la fuerza de uno de sus brazos, tirando de ella para evitar que la misma pudiera abandonar el lugar"*, lo que, finalmente, logró, solicitando, y recibiendo, la ayuda de terceras personas. No hace falta añadir, por evidente, que no se advierte elemento alguno que pudiera sugerir siquiera que el testimonio de Zaida, pudiera estar afectado por cualquier clase de propósito o finalidad espuria, habida cuenta de que ningún conocimiento previo tenía de los aquí acusados. Además, aparece su relato corroborado, en los aspectos que cada uno presencié, por otros testigos, entre ellos su amigo Casimiro, otra chica y un varón, a los que acudió Zaida en solicitud de ayuda, inmediatamente después de producidos los hechos, y el vigilante de seguridad Plácido.

Por otro lado, y con respecto a la identificación de sus agresores, --extremo en el que ponen el acento los ahora recurrentes--, el hecho cierto es que Zaida reconoció en rueda durante la fase de instrucción a uno de ellos (Luis Manuel), reconocimiento que sostuvo, también sin vacilaciones, en el acto mismo del juicio oral. Pero no es solo esto: también el testigo Plácido, vigilante de seguridad de uno de los establecimientos de hostelería próximos, aseguró en el acto del juicio haber visto buena parte de lo sucedido, señalando también con rotundidad que los dos acusados resultaban ser, en efecto, los agresores de la chica, explicando, además, que los conocía previamente porque había tenido con ellos algún incidente en días anteriores. De hecho, al llegar la policía al lugar, y tras explicarles el testigo que podría reconocerlos, acudió en compañía de los agentes, tal y como estos confirmaron en el juicio, a tratar de localizarlos, lo que efectivamente sucedió en un lugar próximo a aquél en el que se produjeron los hechos aquí enjuiciados. Por si todo lo anterior no fuera suficiente, los agentes hallaron en poder de Luis Manuel varios de los objetos que, en el curso de los hechos, habían sido sustraídos del bolso de Zaida.

Por lo que respecta al otro acusado, Luis Antonio, --a quien, efectivamente, no pudo reconocer Zaida, aunque sí Plácido--, lo cierto es que, más allá de que los efectos propiedad de ella hubieran sido hallados en poder de Luis Manuel, ambos acusados aseguraron en el juicio que habían pasado la noche juntos, sin relacionarse con ninguna otra persona.

Así las cosas, la sentencia recaída en la primera instancia, procedió a realizar un examen minucioso de la prueba practicada en el acto del juicio oral, razonando de manera inobjetable, sobre la base de las consideraciones señaladas, los motivos que determinaron la condena; examen aquí que aparece, también razonablemente, respaldado por el Tribunal Superior de Justicia. No se advierte así vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia de los acusados, enervado sobre la base de pruebas de cargo obtenidas válidamente, practicadas de forma regular, suficientes para despejar cualquier duda razonable acerca de la realidad de los hechos que se declaran probados, y justificada de forma bastante.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO.-** 1.- Como último motivo de su impugnación, al amparo ahora de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (infracción de ley), consideran los recurrentes indebidamente aplicados los artículos 179 (sic, en realidad 178) y 180.1.2 del Código Penal, *"en relación con el artículo 234.2 del mismo texto legal"*.

Explican en el desarrollo de este motivo de queja que, a lo más, los hechos que se declaran probados debieron reputarse constitutivos de un delito de abusos sexuales (conforme a la terminología empleada en el texto vigente al tiempo de producirse los hechos), contemplado en el artículo 181 del Código Penal, habida cuenta de que no advierten la existencia de intimidación o violencia alguna en la conducta que a los acusados se atribuye.

2.- Como observa al respecto nuestra muy reciente sentencia número 266/2023, de 19 de abril: <<Resulta aquí obligado recordar que la infracción de ley a la que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como tantas veces hemos señalado, determina la necesidad de que el recurrente acepte, y tome



como punto de referencia fáctica en sus razonamientos, el relato de los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada ( "dados los hechos que se declaran probados", señala el precepto). Si lo que con dicho motivo se censura es el juicio de subsunción efectuado en la resolución que se impugna, tanto en el plano lógico como en el metodológico, deviene necesario partir de un relato fáctico ya definitivamente estable y consolidado, en la medida en que el mismo resulta presupuesto necesario de dicho juicio, que se pretende erróneo. En este sentido, y por todas, cabe citar nuestra reciente sentencia número 665/2022, de 30 de junio. Ninguna modificación de los hechos que se declaran probados puede así perseguirse ni obtenerse por este cauce>>.

3.- Es claro, en este caso, que el relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada presta sobrado fundamento a la aplicación del artículo 178 (y 180.1.2), del texto penal vigente a la fecha de producirse los hechos, en la medida en que describe una situación claramente intimidatoria para la víctima. Encontrándose ésta vomitando frente a una valla, –en un lugar no lejano de donde se encontraban otras personas, pero sí reservado y escogido por ella con el fin de evitar ser fiscalizada en aquel trance–, fue abordada por la espalda por dos personas que, sin mediar palabra y conjuntamente, comenzaron a realizarle tocamientos por las zonas de su anatomía que ya han sido descritas. Es verdad que no formularon para forzar su voluntad amenaza explícita verbal alguna. Pero, desde luego, ello no se precisa indispensablemente para justificar el concurso de la intimidación. Lo explicaba, por ejemplo, nuestra sentencia número 987/2021, de 15 de diciembre: <<Importa recordar que la relación de causalidad que resulta exigible entre el medio empleado (la intimidación o la violencia) y el acto sexual impuesto, para la configuración del delito de agresión sexual, demanda que la aquiescencia de la víctima, su no oposición a la realización del acto del que se le hace objeto, derive, traiga causa, de aquella conducta intimidante o violenta que anula toda posibilidad razonable de prestar o no prestar libremente el consentimiento. El acto sexual deviene así consecuencia de una imposición, ya sea físicamente violenta o intimidatoria, que niega precisamente aquel bien jurídico de máxima significación que el tipo penal protege aquí (la libertad sexual).

Por eso, este Tribunal no ha dudado en considerar, ya desde antiguo, que cuando de intimidación se trata, no resulta exigible que el sujeto activo verbalice de forma inmediatamente anterior a la imposición del acto sexual, cualquier concreta amenaza o anuncio de un mal inminente y razonablemente seguro, bastando con que el aparente consentimiento (la aquiescencia) se obtenga aprovechando la situación de temor creada en la víctima por el autor (o, incluso, aprovechada por éste), de tal modo que aquélla no se halla en razonables condiciones para prestar, al margen de esta presión psíquica, su libre consentimiento ni, más precisamente, para rechazar de forma libre el acceso sexual pretendido. Se inserta en este contexto la denominada " intimidación ambiental", que surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta inmediatamente anterior a la realización del acto sexual impuesto, el sujeto activo aprovecha con este fin, el temor, el sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto de circunstancias que en el caso concurren, de modo tal que, conociendo que la misma no se halla en condiciones de prestar consentimiento libre, prevaleciendo de que se encuentra seriamente intimidada, le impone la realización de conductas de contenido sexual.

En este mismo sentido, entre muchas otras nuestra sentencia número 462/2019, de 14 de octubre, observa que: "En lo que hace referencia a las relaciones sexuales entre adultos, nuestro Código Penal distingue en el Título VIII del Libro II, en los capítulos primero y segundo, entre los delitos de agresiones sexuales (art. 178 a 180) y los delitos de abusos sexuales (art. 181 y 182). Ambas figuras consisten en imponer a otro, determinadas actividades sexuales sin su consentimiento, estableciéndose como diferencia entre ellas que la agresión sexual acontece cuando la actividad sexual conculca el libre rechazo de la víctima, a quien se le hace pasar por la relación empleando violencia o intimidación para ello, mientras que el abuso comporta abordar una actividad sexual sin obtener previamente el libre y válido consentimiento de quien se ve afectado por ella...

...Y si ya hemos indicado que la agresión sexual acontece cuando se imponen actos de contenido sexual empleando violencia o intimidación para ello, es pacífica la jurisprudencia de esta Sala en señalar que por violencia debemos entender el empleo de la fuerza física, concebida como equivalente a acometimiento, coacción o imposición material, lo que implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones o desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima ( SSTS 1145/1998, de 7 de octubre; 1546/2002, de 23 de septiembre o 373/2008, de 24 de junio, entre muchas otras). A diferencia de la intimidación que -como indica el recurso- es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado ( STS núm. 1583/2002, de 3 octubre) y debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado ( SSTS. 130/2004 de 9 de febrero y 1164/2004 de 15 de octubre).

Es este elemento coactivo en la materialización de los actos de contenido sexual el que diferencia la agresión sexual intimidatoria del abuso sexual con prevalimiento, en el que existe un verdadero consentimiento, si bien



está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (una relación de superioridad determinada por las causas legales)...

...En numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos en los que el amedrentamiento, incluso preordenado a la consecución de un fin concreto y específico, puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente comprensible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable. En el conjunto de las relaciones humanas, en ocasiones, el contexto aporta un significante o un componente material con un contenido comunicacional esencial y determinante, de modo que resultaría absurdo evaluar el comportamiento y la intencionalidad del emisor del mensaje desde una interpretación aislada de la conducta. El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que -considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan- pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuánime dudaría sobre su significado o sentido. Se trata de supuestos en los que todos los sujetos que se interrelacionan interpretarían lo que acontece de un modo semejante, permitiendo con ello una perfecta comunicación de mensajes, esto es, que el destinatario o cualquier observador externo descifren el comportamiento con un sentido equivalente al que motivó su emisión. Si en una hora profunda de la noche y en un parque solitario, cinco desconocidos se acercan a un hombre, mujer o niño que esté en palmaria situación física de inferioridad y, tras rodearle, uno de ellos pide que le entregue las joyas, el reloj o el dinero que pueda llevar, cualquier persona entiende que no se reclama un préstamo, sino que nos enfrentamos a una exigencia de entrega con la conminación de evitar males mayores. Y quien realiza la acción es consciente de que el traspaso responde a esos parámetros y que, en clara relación causa-efecto, es fruto del temor que indiscutiblemente ha impulsado. La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar intimidación ambiental>>.

A mayor abundamiento, es evidente que también el relato de hechos probados describe que los acusados realizaron conductas que, sin dificultad, integran igualmente el concepto de violencia exigido por el tipo penal aplicado, habida cuenta de que, con el propósito de impedir que Zaida pudiera marcharse y mientras continuaban manoseándola, *"la agarraban por la fuerza de uno de sus brazos, tirando de ella para evitar que pudiera abandonar el lugar"*.

No se advierte en ello, frente a lo denunciado por los recurrentes, contradicción alguna con que, sin embargo, la condena relativa a la sustracción de los objetos que Zaida portaba en su bolso, lo fuera por delito de hurto y no de robo. Conforme se deja cumplidamente explicado en la sentencia impugnada, Zaida, una vez pudo liberarse de sus agresores, con la ayuda de las personas que primeramente encontró a su paso, trató de llamar por teléfono a sus padres. Y fue en ese momento cuando reparó en que no tenía el móvil que llevaba en el bolso (además de que le faltaban también otros objetos), que fueron después hallados en poder de Luis Manuel. Razonablemente, sin embargo, frente a la imputación por el delito de robo que a los acusados se dirigía, ya la sentencia de primera instancia advirtió que, ignoradas las concretas circunstancias del apoderamiento, (sustracción al descuido o, incluso, recogida del suelo de dichos objetos que eventualmente podrían haberse caído del bolso de Zaida en el curso del forcejeo que mantuvo con sus agresores), no hay constancia de que se empleara para acceder a los objetos sustraídos violencia o intimidación, lo que no comporta contradicción alguna con que dichas circunstancias sí resultan probadas con relación al delito de agresión sexual del que aquella fue víctima.

El motivo se desestima.

**TERCERO.- Incidencia de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre .-** 1.- A modo de coda final, el presente recurso de casación fue interpuesto en escrito fechado el día 3 de febrero del presente año, cuando había ya entrado en vigor lo dispuesto en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, sin que nada adujera el recurrente acerca de la posible aplicación de esta norma, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 2 del Código Penal. Nada observa tampoco al respecto el Ministerio Público, al tiempo de oponerse al recurso. No obstante, resolvió este Tribunal dar traslado al recurrente a fin de que procediera a adaptar sus pretensiones de acuerdo con la referida norma, como también al Ministerio Público, al efecto de que expresara su punto de vista al respecto.

2.- Los ahora recurrentes sostuvieron, en síntesis, que la pena impuesta a los condenados lo fue en la mínima extensión legal entonces prevista en los artículos 178 y 180.1.2ª del texto legal vigente a la fecha de comisión de los hechos, que sancionaba las conductas descritas con una pena abstracta de entre cinco y



diez años de prisión. La normativa que se contiene en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre previene la realización de estas mismas conductas en sus artículos 178. 1 y 2 y 180.1.1<sup>a</sup>, habiéndose modificado la sanción correspondiente que se sitúa ahora entre los dos y los ocho años de prisión. Solicitan, por esto, que la pena sea fijada, con aplicación retroactiva de la referida norma, en tanto más favorable, en dos años de prisión.

3.- El Ministerio Fiscal, por su parte, coincidiendo en que, en efecto, la calificación referida por la defensa, conforme a lo prevenido en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, resulta correcta, considera, sin embargo, que no procedería modificar la pena impuesta en la sentencia que aquí se recurre, habida cuenta de que la pena de cinco años de prisión se mantendría en la mitad inferior de la nueva penalidad abstracta (entre dos y ocho años de prisión) y *"teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos se considera proporcional al grado de culpabilidad de los acusados"*.

4.- Ciertamente, y de acuerdo con la doctrina que se contiene en nuestra muy reciente sentencia, dictada por el Pleno de la Sala, número 523/2023, de 29 de junio, a cuyos razonamientos ahora nos remitimos, no se identifica motivo alguno para, en el caso, apartarnos de la nueva pena mínima determinada por el legislador en la ley, ya intermedia en el tiempo.

En efecto, la resolución ahora impugnada, y por lo que a la pena concretamente imponible respecta, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con relación a ninguno de los condenados, no advirtió motivo alguno para sobrepasar el reproche penal mínimo que atribuyó a sus conductas dentro, naturalmente, del marco entonces fijado por el legislador. Dicha decisión resultó consentida por la acusación, sin que tampoco considerase en ese momento que las circunstancias relativas al hecho o al culpable hubieran demandado justificadamente el necesario incremento de la sanción impuesta, juzgando así proporcional, teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos, la mencionada decisión en materia de individualización penológica.

En consecuencia, procede ahora, en atención a la nueva valoración que efectúa, de acuerdo con el modelo punitivo que la sostiene, la ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, mantener dicha decisión en el sentido de que corresponde imponer a los condenados la pena prevista en su mínima extensión legalmente posible (dos años de prisión), teniendo en cuenta, además, la menor entidad de la violencia e intimidación desplegada por ellos conforme resulta del relato de hechos probados. Igualmente, corresponde imponerles la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Se mantiene, en los términos contenidos en la sentencia impugnada, la medida de libertad vigilada y la pena accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad. Y, naturalmente, se mantiene también la condena impuesta por el delito leve de hurto.

**CUARTO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde declarar de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.

## FALLO

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

1.- Haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Luis Manuel y Luis Antonio contra la sentencia número 92/2022, dictada el 27 de octubre, por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por los más arriba mencionados contra la sentencia núm. 236/2022, de 7 de junio, pronunciada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección sexta; que se casa y anula parcialmente.

2.- Se declaran de oficio las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10737/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

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 Excma. 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 13 de julio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los condenados DON Luis Manuel y DON Luis Antonio, contra la Sentencia núm. 92/2022, dictada el 27 de octubre, por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de apelación núm. 78/2022, en la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por los más arriba mencionados contra la sentencia núm. 236/2022, de 7 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife, sección sexta, sentencia 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 el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia de casación, procede imponer a los condenados por el delito de agresión sexual, aquí recurrentes, la pena de dos años de prisión, manteniendo la medida de libertad vigilada y las penas accesorias impuestas, así como los demás pronunciamientos, compatibles con el anterior, contenidos en la resolución recurrida.

### FALLO

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

1.- Condenar a los acusados, Luis Manuel y Luis Antonio, como autores de un delito de agresión sexual, ya definido, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN; manteniéndose la medida de libertad vigilada y las penas accesorias que se les impusieron también en la resolución recurrida, así como todos los demás pronunciamientos de ésta, compatibles con el anterior.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.